

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

TESIS DOCTORAL

TEMA:

***EL CONTROL DEL ESTADO EN EL SEGURO
PRIVADO***

EL MARCO NORMATIVO DE LA SOLVENCIA

Autor:
ANTONIO GUARDIOLA LOZANO

Director:
Profesor DR. D. FRANCISCO JAVIER JIMENEZ DE CISNEROS CID

Madrid, mayo de 2003

La presente tesis doctoral ha sido defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y juzgada por un tribunal compuesto por los siguientes profesores doctores: *D. Alfredo Gallego Anabitarte*, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid; *D. Manuel Álvarez Rico*, Catedrático de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Pontificia de Salamanca; *D. Santiago Rosado Pacheco*, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos; *D. Francisco Javier Camacho de los Rios*, Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada; y *D. José Antonio Segovia Arroyo*, Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Su defensa fue realizada el 11 de julio de 2003, mereciendo la calificación de *sobresaliente cum laude*, por unanimidad.

Madrid, julio de 2003

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
---------------------	----------

PRIMERA PARTE:

ANTECEDENTES, JUSTIFICACIÓN Y EVOLUCION LEGISLATIVA

CAPÍTULO I.

LA SUPERVISION ESTATAL DEL SEGURO PRIVADO: ENCUADRE JURÍDICO PÚBLICO, ANTECEDENTES HISTORICOS, JUSTIFICACION, CONCEPTO Y CONTENIDOS.

1. ENCUADRE DE LA SUPERVISIÓN Y EL CONTROL FINANCIERO DEL SEGURO PRIVADO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO	9
1.1. La Constitución económica	9
1.1.1. Concepto	9
1.1.2. La Constitución económica española	10
1.2. El Derecho económico	14

1.3. El Derecho administrativo económico	16
1.4. La intervención del Estado en la Economía	16
1.4.1. La intervención sectorial	16
A. Intervención mediante la prestación directa o indirecta de la actividad. Nuevos planteamientos frente al modelo tradicional	16
B. Intervención en la ordenación y supervisión de determinados sectores económicos	20
a. Introducción	20
b. Sector del seguro privado	21
c. Sector de entidades de crédito	21
d. Mercados de valores	24
1.4.2. El seguro privado y el ordenamiento constitucional	25
A. Seguridad Social y Seguro Privado: el artº 41 de la Constitución y los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52 de la Constitución)	25
B. El principio de libertad de empresa y la intervención del Estado en el Sector Asegurador	26
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTROL Y LA SUPERVISIÓN ESTATAL EN EL SEGURO PRIVADO	28
3. JUSTIFICACIÓN DE LA SUPERVISIÓN.	29
3.1. Protección de los intereses de tomadores, asegurados, beneficiarios y, en su caso, terceros perjudicados	29
3.2. Intereses generales de la Economía	30
4. PRINCIPIOS QUE DEBEN INFORMAR LA SUPERVISIÓN. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DE LA SUPERVISIÓN	31
5. CONTENIDOS DE LA SUPERVISIÓN	33
5.1. Control de la actividad aseguradora. La Junta Consultiva de Seguros	33
5.1.1. Control de la actividad aseguradora	33
5.1.2. La Junta Consultiva de Seguros	35
A. Naturaleza, adscripción y competencias	36
B. Composición	36
5.2. Control de las entidades aseguradoras	38
5.2.1. Control financiero y de medios técnicos, control interno, control de la publicidad y obligación de suministrar información	38

A. Control financiero y control de medios técnicos	38
B. Control interno de las entidades	41
a. Introducción	41
b. Exigencia legal de control interno administrativo y contable	42
c. Control interno de la utilización de instrumentos derivados	43
C. Control de la publicidad	43
a. Régimen jurídico	43
b. Concepto de publicidad aseguradora	44
c. Requisitos	44
d. Posibilidad de consulta previa a la Dirección General de Seguros	45
e. Facultades de supervisión del Órgano de Control en materia de publicidad	46
D. Obligación de informar al Órgano de Control	46
5.2.2. Estatutos, pólizas, bases técnicas y tarifas	47
A. Estatutos sociales	47
B. Pólizas	48
a. Previsiones de la Ley	48
b. Previsiones del Reglamento de Ordenación	49
C. Bases técnicas y tarifas	49
a. Previsiones de la Ley	50
b. Previsiones del Reglamento	51
D. Establecimiento de ficheros comunes	54
E. Régimen administrativo de pólizas, bases técnicas y tarifas	55
F. Facultades del Órgano de Control sobre pólizas, tarifas y estatutos	56
a. Establecimiento de las medidas en pólizas y tarifas	56
b. Alcance de la prohibición de utilizar pólizas	57
c. Procedimiento	58
d. Intervención sobre los Estatutos que infrinjan la normativa	59
5.2.3. La Inspección de Seguros	60
A. Antecedentes	60
B. Concepto	62
C. Ámbito subjetivo de la Inspección	62
D. Ámbito objetivo	63
E. Funcionarios competentes para realizar las actuaciones	

inspectoras	63
F. Excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora.	64
G. Duración de las actuaciones inspectoras	65
H. Deber de comunicación	66
I. El procedimiento de supervisión por inspección	66
1ª fase: Iniciación	66
2ª fase: Instrucción	67
a. Periodo de inspección	67
b. Periodo de alegaciones	73
3ª fase: Terminación.	73
J. Duración del procedimiento	73
5.2.4. Registros administrativos	73
A- Clases de registros administrativos	74
B. Deber de colaboración con la Administración	74
C. Actos inscribibles	74
a. Registro administrativo de entidades aseguradoras y reaseguradoras.	74
b. Registro administrativo de los altos cargos de entidades aseguradoras y reaseguradoras.	75
c. Registro administrativo especial de corredores de seguros, de sociedades de correduría de seguros y sus altos cargos.	76
d. Registro administrativo de las organizaciones para la distribución de la cobertura de riesgos entre entidades aseguradoras o para la prestación de servicios comunes relacionados con la actividad de las mismas y sus altos cargos.	76
e. Inscripción de las medidas de control especial	77
D. Acceso de los actos inscribibles a los registros	77
E. Cancelación de la inscripción de las sanciones impuestas	77
5.2.5. Normas generales	78
A. Deber de secreto profesional	78
a. Principio general y personas sometidas el referido deber	78
b. Excepciones a la obligación de secreto profesional	79
c. Posibles destinatarios de información confidencial	80
d. Intercambio de información con autoridades de control de terceros países	80
B. Aseguramiento en terceros países	81

C. Deber de colaboración con los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y obligaciones de información y reciprocidad	82
a. Obligaciones con las Autoridades de Control del Espacio Económico Europeo	82
b. Obligaciones con la Comisión de las Comunidades Europeas	82
c. Limitación de las autorizaciones cuando se incumpla el principio de reciprocidad por parte de terceros países	83

CAPÍTULO II

EVOLUCION LEGISLATIVA DEL MODELO DE SUPERVISION EN ESPAÑA

1. PRIMERA ETAPA: DE 1908 A 1954. NACIMIENTO Y ASENTAMIENTO DE LA SUPERVISIÓN.	85
1.1. Ley de Seguros de 14 de Mayo de 1908.	85
1.1.1. Antecedentes.	85
1.1.2. Los inicios en España de la ordenación moderna del Seguro Privado: la Ley de 14 de Mayo de 1908.	89
A. Justificación de la Ley.	89
B. Fines de la Ley de 1908	89
C. Publicación y contenido de la Ley de Seguros de 1908.	91
D. Naturaleza jurídico-administrativa de la Ley de 1908.	91
E. Efectos de la Ley.	92
1.2. Desarrollo reglamentario de la Ley de 14 de Mayo de 1908	93
1.2.1. El Reglamento Provisional de 26 de Julio de 1908.	93
A. Mandato de la Ley.	93
B. Estructura y contenido del Reglamento Provisional.	93
C. Normas de desarrollo del Reglamento Provisional de 26 Julio de 1908	94
1.2.2. El Reglamento Definitivo de 2 de Febrero de 1912.	95
A. Publicación del proyecto en su texto definitivo	95
B. Estructura y contenido del Reglamento definitivo de 1912	95
C. Aplicación del reglamento y posteriores modificaciones	97
1.3.- Legislación complementaria y de desarrollo.	100

2. SEGUNDA ETAPA: DE 1954 A 1977. CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DE SUPERVISIÓN.	104
2.1.- La Ley de 16 de diciembre de 1954	105
2.1.1. Estructura y contenido de la ley	105
2.1.2. Novedades de la ley y comentarios	105
2.2.- Legislación complementaria y de desarrollo	107
3.- TERCERA ETAPA: DE 1978 A 1986. ETAPA PRECOMUNITARIA.	111
3.1.- De 1978 a 1984: Modernización del modelo de supervisión.	112
3.1.1.- Principales disposiciones del periodo.	112
3.1.2.- Principales novedades legislativas.	114
A. Regulación del Margen de Solvencia y de las Medidas Cautelares.	114
B. Reforma y actualización del régimen de inversión de las reservas técnicas.	115
C. Tecnificación del recargo adicional.	116
D) Supresión de la previa autorización administrativa en la modificación de pólizas, bases técnicas y tarifas.	116
E. Actualización de tarifas y límites de indemnización en los ramos del automóvil y asistencia sanitaria.	118
F. Modernización de la normativa sobre el contrato de seguro.	119
G. Normativa sobre planificación contable.	121
H. Refundición de los organismos autónomos adscritos al Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General de Seguros.	122
I. Clasificación de los ramos de seguro.	123
J. Reforma de la normativa sobre intervención administrativa y liquidación de las entidades aseguradoras.	124
3.2. De 1984 a 1985: Actualización del modelo de supervisión	127
3.2.1. Principales disposiciones de este periodo	127
3.2.2. Novedades legislativas.	127
A. La regulación fundamental de la Ley y el Reglamento sobre Ordenación del Seguro Privado.	127
a. Estructura y contenido de la Ley de 2 de agosto de 1984 (incluyendo las modificaciones producidas hasta la Ley 21/1990 de 19 de diciembre):	128
b. Estructura y contenido del Reglamento de 1 de agosto de 1985:	129
c. Fines y objetivos de la ley de 1984	131

d. Caracteres de la ley:	133
e. Conclusiones:	133
B. Regulación del procedimiento especial de liquidación intervenida.	134
C. Desarrollo reglamentario de la normativa sobre mutualidades de previsión social	135
4.- CUARTA ETAPA: DE 1986 HASTA HOY. ETAPA COMUNITARIA.	137
4.1.- Principales disposiciones de esta etapa:	138
4.1.1.- Periodo hasta la Ley de 1995.	138
4.1.2.- Periodo desde la Ley de 1995 hasta nuestros días.	139
4.2.- Periodo hasta la vigente Ley de 1995: Principales novedades	140
A. Adaptación de la Ley de 1984 a las Directivas Comunitarias	140
a. Adaptación a las Primeras Directivas	140
b. Adaptación a las Segundas Directivas	142
B. Modificaciones introducidas por la Ley de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito	146
C. Modificaciones realizadas por la Ley de 25 de julio de 1989, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE.	148
D. Modificaciones introducidas por la Ley de 30 de abril de 1992, de Mediación en Seguros Privados	148
E. Modificaciones efectuadas por la Ley de 1 de junio de 1992, de recursos propios y supervisión en base consolidada	149
4.3.- Periodo desde la Ley de 1995 hasta hoy.	149
4.3.1.-La Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995	149
A. Génesis, caracteres y novedades de la Ley de Ordenación de 1995	149
a. Breve síntesis de la tramitación de la Ley	149
b. Caracteres de la nueva Ley	151
c. Principales novedades de la Ley de 1995	156
B. Modificaciones introducidas en la Ley de 1995	159
a. Ley sobre el Impuesto de sociedades, de 27 de diciembre de 1995	159
b. Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social	

de 30 diciembre de 1996	159
c. Ley de Medidas fiscales, administrativas y del orden social de 29 de diciembre de 2000	160
d. Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero de 22 de noviembre de 2002	160
4.3.2. El Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguro Privados de 20 de noviembre de 1998	161
A. Fines generales	161
B. Continuidad básica del modelo de supervisión	162
C. Criterios de elaboración	163
D. Síntesis de su contenido	163
E. Desarrollo y modificaciones del Reglamento	166
4.3.3. El Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras de 26 de diciembre de 1997	168
4.3.4. Estructura y contenido de la Ley de 1995	172
4.3.5. Estructura y contenido del Reglamento de 1998	175

SEGUNDA PARTE:

EXPOSICIÓN DEL MODELO VIGENTE

LA LEY DE ORDENACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LOS SEGUROS PRIVADOS DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1995, SU REGLAMENTO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1998 Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA.

CAPÍTULO III

ACCESO A LA ACTIVIDAD ASEGURADORA

1. DISPOSICIONES GENERALES DE LA LEY Y DEL REGLAMENTO	183
1.1. Objeto de la Ley.	183
1.1.1.- Concepto de Seguro Privado	185
A. Introducción	185
B. Delimitación positiva del concepto de seguro privado	185
C. Delimitación negativa del concepto de seguro privado	188
D. Calificación de operaciones dudosas	191
a.- Organo competente	191

b.- Procedimiento para la consulta	192
1.1.2. Las “demás operaciones enumeradas en el artículo 3” de la Ley: operaciones preparatorias y complementarias de las de seguro y operaciones de prevención.	193
A) Antecedentes	194
B) Análisis de la legislación vigente	194
a. Operaciones preparatorias y complementarias	194
b. Actividades de prevención	198
1.1.3. Conceptos de “ordenación” y de “supervisión”.	200
A. Antecedentes	200
B. Normativa vigente	202
1.2. Ámbito subjetivo y principio de reciprocidad.	204
1.2.1. Ámbito subjetivo	204
A. Entidades aseguradoras	205
B. Otras personas físicas o jurídicas	205
C. Organizaciones para la distribución de la cobertura de riesgos o la prestación de servicios comunes	208
1.2.2. Principio de reciprocidad y colaboración con autoridades extranjeras	209
A. Principio de reciprocidad de trato	209
B. Colaboración de la Autoridad de Control española con las autoridades extranjeras	210
1.3. Operaciones prohibidas y sanción de nulidad	211
1.3.1. Operaciones prohibidas	211
A. Operaciones sin base técnica actuarial	212
B.. Ejercicio de cualquier otra actividad comercial y prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora.	213
a. Planteamiento general	213
b. Delimitación del concepto legal de actividad aseguradora	214
c. Excepción a la prohibición	217
C. Las actividades de mediación en seguros privados definidas en la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados	218

1.3.2. Sanción de nulidad	218
A. Nulidad de las operaciones prohibidas	218
B. Nulidad de operaciones efectuadas por entidades carentes de la preceptiva autorización administrativa	219
a. Aplicación de la nulidad	219
b. Efectos económicos de la realización de actos nulos.	220
c. Responsabilidad solidaria de la entidad y de sus administradores y directivos por la realización de operaciones prohibidas	221
1.4. Ámbito territorial	221
2. TIPOLOGÍA DE LAS FORMAS JURÍDICAS ADMITIDAS:	222
2.1. Introducción.	222
2.1.1. Entidades privadas	225
2.1.2. Entidades públicas	225
A. Introducción	225
B. Entidades aseguradoras públicas con forma pública	235
C. Entidades aseguradoras públicas con forma privada	237
2.1.3. Constitución y adquisición de la personalidad jurídica	237
2.2. Sociedades anónimas de seguros	238
2.3. Entidades de forma mutua	239
2.3.1. Mutuas a prima fija y a prima variable	239
A. Mutuas a prima fija.	239
a- Concepto	239
b. Requisitos que deben reunir	240
c. Principio de igualdad entre los mutualistas	249
d. Normas para el desarrollo reglamentario	249
e. Normas supletorias para las mutuas a prima fija	251
B. Mutuas a prima variable	252
a. Concepto	252
b. Requisitos	252
2.3.2. Mutualidades de previsión social	254
A. Concepto	256
B. Requisitos	258

a. Denominación social	258
b. Mutualidades de empresa	259
c. Objeto social	259
d. Otorgamiento de prestaciones sociales	259
e. Otros requisitos de las mutualidades de previsión social	260
f. Federaciones y Confederación Nacional	263
C. Ámbito de cobertura y prestaciones	263
D. Ampliación de prestaciones	264
a. Requisitos	265
b. Solicitud de autorización, órgano competente y procedimiento	265
c. Ámbito objetivo de la ampliación y conservación de la cobertura básica	265
d. Realización de actividades sin autorización y sanción de nulidad	266
E. Fondo mutual y garantías financieras (67)	266
F. Normas aplicables	267
a. Mutualidades de competencia estatal	267
b. Mutualidades con competencias de las Comunidades Autónomas	267
a'. Competencias normativas	267
b'. Competencias de ejecución	267
c. Desarrollo reglamentario de la normativa sobre mutualidades de previsión social	268
2.4. Cooperativas de seguros	269
2.4.1. Cooperativas de seguros a prima fija	269
A. Concepto	269
B. Requisitos	270
C. Inscripción registral	270
D. Normas aplicables	271
2.4.2. Cooperativas de seguros a prima variable	271
A. Concepto	271
B. Requisitos	271
2.5. Sucursales de entidades extranjeras	271
2.5.1. Entidades domiciliadas en países miembros del Espacio Económico Europeo	272

2.5.2. Sucursales de entidades domiciliadas en terceros países	273
3. GARANTÍAS FINANCIERAS INICIALES: CAPITALS MÍNIMOS.	275
3.1. Justificación de la exigencia	275
3.2. Supuesto general	276
3.2.1. Cuantías mínimas de capital social	275
3.2.2. Desembolso mínimo y carácter nominativo de los títulos	276
3.3. Casos especiales.	276
3.3.1. Mutuas a prima fija, sin régimen de derrama pasiva	276
3.3.2. Mutuas a prima fija, con régimen de derrama pasiva	277
3.3.3. Cooperativas y mutuas de seguros a prima variable	277
3.3.4. Mutualidades de previsión social	277
3.3.5. Actividad en varios ramos y acumulación de capitales sociales	277
4. OTROS REQUISITOS:	278
4.1. Denominación social.	278
4.1.1. Uso obligatorio de las palabras que indiquen su objeto social, forma y clase.	278
4.1.2. Uso exclusivo de la denominación social	279
4.1.3. Prohibiciones del Reglamento de Ordenación	280
4.1.4. Cambio de la denominación social	282
4.2. Domicilio social.	282
4.3. Objeto social.	284
4.3.1. Regla general	284
4.3.2. Especialización en el ramo de vida o en ramos no vida	285
A. Ramo de vida	285
B. Ramos no vida	285
4.3.3. Los ramos del seguro	285
A. Razones de su existencia	285
B. Clasificación legal de ramos	286
a.. En el seguro directo distinto del seguro de vida	286
a'. Clasificación de los riesgos por ramos y ámbito de cobertura.	287
b'.- Denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos.	288
c'.- Riesgos accesorios.	289

b.- El seguro directo sobre la vida	289
4.3.4. Conciertos con la Seguridad Social	290
4.4. Programa de actividades.	290
4.4.1. Justificación y contenido general	290
A. Justificación	290
B. Contenido general mínimo	291
4.4.2. Plan trienal. Normas especiales para los seguros de vida y de no vida.	292
4.4.3. Peculiaridades del programa de actividades en los ramos de enfermedad, defensa jurídica, asistencia y decesos	293
4.4.4. Ejecución del programa de actividades	294
4.5. Vínculos estrechos y requisitos personales de socios y directivos.	295
4.5.1 Existencia de vínculos estrechos	295
A. Concepto de vínculo estrecho	295
a. Primer y segundos supuestos: concepto general	295
b. Tercer supuesto	296
B. Imposibilidad de que se pueda obstaculizar el buen ejercicio de la ordenación y supervisión	296
C. Cumplimiento permanente de las condiciones legales y deber de información	297
4.5.2. Requisitos de los socios con participación significativa	297
A. Concepto de participación significativa	297
a. Exigencias de la Ley	297
b. Exigencias del Reglamento	297
c. Supuestos de propiedad no plena de los títulos	298
B. Idoneidad de los socios	298
C. Acreditación de los requisitos exigidos por la Ley	299
4.5.3. Dirección efectiva de las entidades aseguradoras	300
A. Requisitos generales	300
a. Dirección efectiva	300
b. Concepto de honorabilidad	301
c. Cualificación y experiencia profesionales	302

d. Supuestos inhabilitadores para desempeñar la dirección efectiva	303
a'. Situaciones de índole penal	304
b'. Situaciones derivadas del sistema de sanciones o de medidas de control especial previstas por la legislación especial de seguros	304
5. AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ESPECIAL.	304
5.1. Necesidad de la autorización.	304
5.1.1. Antecedentes	304
5.1.2. Autorización inicial	305
A. Reconocimiento legal de su necesidad	305
B. Requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización	305
5.1.3. Autorización parcial de ramo	307
5.1.4. Ampliación de la autorización	307
5.1.5. Denegación de la autorización	308
5.1.6. Modificación de la documentación aportada	310
5.1.7. Supuestos de simple comunicación	310
5.2. Naturaleza de la autorización. La autorización conformadora de la capacidad para operar en la actividad aseguradora	311
5.2.1. Naturaleza de la autorización	311
5.2.2. La autorización conformadora	312
5.3. Efectos de la autorización	313
5.3.1. Ámbito material	313
5.3.2. Ámbito espacial	314
5.3.3. Ampliación del ámbito material y del territorial	315
5.4. Procedimiento administrativo para obtener la autorización	315
5.4.1. Iniciación	315
5.4.2. Ordenación e instrucción	316
5.4.3. Terminación	316

CAPÍTULO IV.

**EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA (I)
GARANTÍAS FINANCIERAS**

1. INTRODUCCIÓN	319
2. PROVISIONES TÉCNICAS.	319
2.1. Justificación de su exigencia	319
2.2. Concepto general de provisiones técnicas	321
2.3. Principios legales básicos de las provisiones técnicas	322
2.3.1. Obligación de constitución, mantenimiento e inversión	322
2.3.2. Clasificación de las provisiones técnicas	323
2.3.3. Cálculo de las provisiones técnicas	324
2.3.4. Inversión de la provisiones técnicas	325
2.3.5. Desarrollo reglamentario	326
2.4. Régimen jurídico general de las provisiones técnicas.	326
2.4.1. Concepto , enumeración, dotación obligatoria y cuantía mínima de las provisiones técnicas	326
A. Concepto de provisiones técnicas en el Reglamento de Ordenación	326
B. Clasificación completa de las provisiones técnicas	327
C. Provisiones técnicas del reaseguro aceptado y cedido	327
D. Dotación obligatoria y cuantía mínima de las provisiones técnicas	329
a. Principio general	329
b. Caso especial de las provisiones de prestaciones cuando se calcule por métodos estadísticos	329
2.4.2. La provisión de primas no consumidas	329
A. Concepto	329
B. Cálculo	330
2.4.3. La provisión de riesgos en curso	332
A. Concepto	332
B. Cálculo	332
C. Operaciones de reaseguro aceptado	333
D. Efectos de la insuficiencia de primas. Revisión de las bases técnicas	334
2.4.4. La provisión de seguros de vida	335

A. Concepto general	335
B. Concepto de provisión matemática	336
C. Cálculo	338
D. Interés técnico aplicable	339
a. Introducción	339
b. Régimen general	339
c. Regímenes especiales	341
d. Tablas de mortalidad, de supervivencia y de invalidez.	343
e. Provisión de seguros de vida cuando el tomador asume el riesgo de la inversión	343
2.4.5. La provisión de participación en beneficios y para extornos	345
A. Concepto	345
B. Contenido	345
2.4.6. La provisión de prestaciones	346
A. Concepto	346
B. Cálculo de la provisión de prestaciones	348
a. normas generales	348
b. Supuesto especial para el caso de información insuficiente	348
c. Utilización de métodos estadísticos	349
d. Cuantía mínima de la provisión de prestaciones: limitación fiscal a los métodos estadísticos	351
C. La provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago	352
a. Concepto y planteamiento general	352
b. Cálculo de la provisión cuando la indemnización se abone en forma de renta	354
D. La provisión de siniestros pendientes de declaración	355
a.. Concepto	355
b. Método de cálculo	355
E. La provisión de gastos internos de liquidación de siniestros	357
a. Concepto	357
b. Método de cálculo	357
F. Provisión de prestaciones en riesgos de manifestación diferida	358
a. Concepto	359
b. Método de cálculo	359

2.4.7. La provisión de estabilización	360
A. Concepto y fundamento	360
B. Ramos en los que es obligatoria la constitución de la provisión de estabilización	361
C. Dotación de la provisión	361
D. Aplicación de la provisión	362
2.4.8. La provisión del seguro de decesos	363
A. Régimen general	363
B. Régimen transitorio	364
2.4.9. La provisión del seguro de enfermedad	366
A. La provisión específica prevista por el Reglamento	366
B. La provisión para anticipo de talones	367
2.4.10. Provisión de desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo	367
2.5. Cobertura de provisiones técnicas	368
2.5.1. Introducción	368
2.5.2. Principios de inversión	369
2.5.3. Provisiones técnicas a cubrir	370
A. Planteamiento general	370
B. Minoraciones a efectos de cobertura	371
a. De la provisión de seguros de vida	371
b. De la provisión de primas no consumidas	373
2.5.4. Principio de cobertura permanente	374
A. Delimitación de su aplicación	374
B. Facultades de la Administración	379
2.5.5. Cobertura diferenciada para el seguro de vida y el seguro distinto al de vida	380
2.5.6 Bienes y derechos aptos para la inversión de las provisiones técnicas	381
A. Introducción	381
B. Bienes y derechos aptos para cobertura	382
a. Activos financieros	382
b. Bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios.	387
c. Créditos	388

d. Tesorería y depósitos bancarios	391
2.5.7. Titularidad y situación de las inversiones	391
2.5.8. Valoración de las inversiones de las provisiones técnicas	393
A. Introducción	393
B. Normas de valoración	394
2.5.9. Límites de diversificación y dispersión	395
2.5.10. Reglas de congruencia a efectos de cobertura de provisiones técnicas	397
A. Principio general	397
B. Determinación de la moneda en que son realizables activos	397
C. Excepciones al principio de congruencia	398
2.6. Cobertura consolidada de provisiones técnicas	398
2.6.1 Legalidad de la exigibilidad de la cobertura	398
2.6.2. Régimen reglamentario de la exigencia de cobertura	400
A. Planteamiento general	400
B. Obligación de cobertura permanente	400
C. Criterios para formular el balance consolidado	401
2.7. Obligaciones de las entidades aseguradoras en caso de déficit en la cobertura de las provisiones técnicas	403
2.7.1 Introducción	403
2.7.2 Obligaciones concretas de las entidades en caso de deficit en la cobertura de provisones	403
1º. Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar los intereses y derechos de los tomadores, asegurados, beneficiarios y perjudicados”.	403
2º. Comunicar el déficit a la Dirección General de Seguros	404
2.7.3. Obligaciones en caso de déficit de cobertura en los grupos consolidables	406
2.7.4. Facultades de la Dirección General de Seguros	407

CAPÍTULO V.

**EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA (II)
GARANTÍAS FINANCIERAS (Cont.)**

1. EL MARGEN DE SOLVENCIA	409
1.1. Introducción	409
1.1.1. Justificación de su existencia	409
1.1.2. Génesis del margen de solvencia en la Unión Europea	415
A. Actuaciones de la OCDE	415
B. Actuaciones de la Comunidad Económica Europea	417
1.1.3. Régimen jurídico comunitario sobre margen de solvencia	417
A. Primeras Directivas	417
B. Terceras Directivas	417
C. Trabajos del Grupo Müller	418
D. Informe de la Comisión al Comité de Seguros	418
E. Trabajos de la Comisión posteriores al informe “Müller” y propuesta de Directivas: paquete de Solvencia I	421
F. Las Directivas de marzo de 2002 sobre requisitos del margen de solvencia de las empresas de seguros	422
G.. El proyecto “Solvencia II”	422
1.1.4. Reformas introducidas por las Directivas de 5 de marzo de 2002	425
A.. Introducción	425
B. Novedades comunes	425
C. Novedades exclusivas de los seguros de vida	426
D. Novedades exclusivas de los seguros no vida	426
1.1.5. Aspectos positivos y negativos del actual diseño del margen de solvencia en la normativa española vigente	426
1.1.6. Concepto vigente de margen de solvencia	428
A. Normativa comunitaria	428
a. Entidades de seguros distintos al de vida: Primera y Tercera Directivas	428
b. Entidades de seguros de vida: Primera y Tercera Directivas	429
c. Directivas de 5 de marzo de 2002 (vida y no vida)	429
1.2. Establecimiento del margen de solvencia en el Ordenamiento Jurídico español.	430
1.2.1. Antecedentes legales y régimen vigente	430

A. Real Decreto 2 de marzo de 1978	430
B. Real Decreto de 15 de octubre de 1982	431
C. Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984	432
D. Régimen vigente: la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995 y Reglamento para su desarrollo de 20 de noviembre de 1998	432
1.2.2. Entidades aseguradoras individuales	433
A. Concepto de margen de solvencia	433
B. Exigencia legal del margen de solvencia	433
1.2.3. Margen de solvencia separado en entidades que operen en el ramo de vida y en ramos distintos al de vida	435
A. Establecimiento de la obligación	435
B. Normas para la imputación de las partidas admisibles a cada tipo de actividad	435
C. Existencia de déficit en el margen de solvencia en vida o en no vida	436
1.2.4. Grupos consolidables de entidades aseguradoras: exigencia legal del margen de solvencia	438
1.2.5. Grupo consolidable del cual forman parte entidades reaseguradoras y sociedades tenedoras de acciones	440
1.2.6. No exigibilidad del margen de solvencia a las entidades reaseguradoras puras	441
A. Razones que justifican tal proceder	441
a. Planteamiento general	441
b. Razones que justificarían un proceder distinto	441
B. Previsiones de la Ley de Ordenación	444
C. Previsiones del Reglamento de Ordenación	445
1.3. Cuantía mínima del margen de solvencia	446
1.3.1. Introducción	446
1.3.2. Cuantía mínima del margen de solvencia en los seguros distintos del seguro de vida	447
A. Regla general	447
B. Cálculo de la cuantía mínima en función de las primas	449
a. Conceptos que integran la base de cálculo	449
b. Porcentajes aplicables y cuantificación	450
c. Deducción por reaseguro cedido y retrocedido	450

C. Cálculo de la cuantía mínima en función de los siniestros	451
a. Conceptos que integran la base de cálculo	451
b. Porcentajes aplicables y cuantificación	452
c. Deducción por reaseguro cedido y retrocedido	452
D. Supuesto especial en el caso del seguro de enfermedad y asistencia sanitaria practicado con bases técnicas similares al seguro de vida	452
1.3.3. Cuantía mínima del margen de solvencia en los seguros de vida	453
A. Planteamiento general	453
B. Cálculo de la cuantía mínima del margen de solvencia	453
a. Principio general	453
b. Sistema de cálculo	454
a'. Comentario preliminar	454
b'. Corrección por reaseguro	455
c'. Capital en riesgo	455
c. Supuestos especiales	456
1°. Seguros complementarios a los de vida.	456
2°. Seguros temporales para caso de muerte de duración residual máxima entre tres y cinco años	456
3°. Seguros de vida vinculados a la evolución de activos específicamente afectos o de índices o activos que se hayan fijado como referencia, y operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación.	457
4°. Operaciones de capitalización que no lleven implícita la cobertura de ningún riesgo inherente a la vida humana.	457
5°. Operaciones tontinas	458
1.4. Patrimonio propio no comprometido: concepto y partidas que lo componen	458
1.4.1. Entidades aseguradoras individualmente consideradas	458
A. Concepto de patrimonio propio no comprometido	458
B. Partidas que componen el patrimonio propio no comprometido: partidas positivas (artº 59 del Reglamento):	459
a. El capital social desembolsado excluida la parte del mismo representada por acciones sin voto, o el fondo mutual.	459
b. Capital social suscrito pendiente de desembolso	461
c. Reservas patrimoniales	461
d. El remanente y las aportaciones no reintegrables de socios	

que figuren en el pasivo del balance.	464
e. La parte del saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias que se destine a incrementar los fondos propios de la entidad.	465
f. El saldo acreedor del fondo permanente de la casa central, para las sucursales en España de entidades aseguradoras domiciliadas en terceros países no miembros del Espacio Económico Europeo.	465
g. Plusvalías por infravaloración de activos o sobrevaloración de pasivos	468
h. Derrama pasiva exigible a los mutualistas	471
i. Beneficios futuros del ramo de vida	472
j. Capital social correspondiente a las acciones sin voto y financiaciones subordinadas	474
k. Financiaciones de duración indeterminada, no incluidas en el apartado anterior	477
l. Comisiones descontadas técnicamente pendientes de amortizar	478
C. Partidas que componen el patrimonio propio no comprometido: partidas deducibles	480
a. Norma general	480
b. Partidas expresamente deducibles	481
D. Aplicación de los límites de admisión de determinadas partidas cuando la entidad opere conjuntamente en el ramo de vida y en los de no vida	482
1.4.2. Grupos consolidables de entidades aseguradoras	482
A. Partidas que componen el patrimonio propio no comprometido: partidas positivas (artº 60 del Reglamento):	482
a. El capital social desembolsado o el fondo mutuo de la sociedad dominante.	482
b. La mitad de la parte de capital social suscrito pendiente de desembolso de la sociedad dominante.	483
c. Las reservas patrimoniales del grupo consolidable.	483
d. El saldo acreedor de las reservas en sociedades consolidadas.	483
e. El saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada	484
f. Las diferencias negativas de consolidación, salvo cuando tengan la naturaleza de provisiones para riesgos y gastos.	484
g. Los intereses minoritarios	485
h. La derrama pasiva	485
i. El 50 por 100 de la suma de los beneficios futuros del ramo de vida	485

j. Las financiaciones subordinadas y las de duración indeterminada	486
k. Las plusvalías de elementos de activo o de elementos de pasivo	486
l. Las comisiones descontadas que técnicamente resulten pendientes de amortización de la sociedad dominante y de las dependientes	487
m. Partidas admitidas por las legislaciones de los países en que estén domiciliadas las entidades que pertenezcan al grupo	487
B. Partidas que componen el patrimonio propio no comprometido: partidas negativas (artº 60 del Reglamento):	488
a. Los gastos de establecimiento, constitución, ampliación de capital y formalización de deudas que figuren en el activo del balance consolidado.	488
b. El saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, así como los resultados negativos del grupo consolidable.	488
c. Las minusvalías de activo y pasivo	488
d. El saldo deudor de la cuenta de reservas en sociedades consolidadas.	488
e. En general, cualesquiera otras partidas que carezcan de valor de realización o que por su falta de permanencia pueda fundamentalmente presumirse que no se ajustan a los fines de la Ley y del presente Reglamento	489
C. Posición dominante de una entidad aseguradora en un grupo mixto no consolidable	489
2. EL FONDO DE GARANTÍA	490
2.1. Introducción y causas de su establecimiento	490
2.2. Regla general	491
2.3. Cuantía mínima	491
2.3.1. Mínimo absoluto general	491
2.3.2. Casos especiales	491
A. Entidades que operen en el ramo de crédito	491
B. Mutuas con régimen de derrama pasiva y cooperativas	492
2.4. Partidas aptas para su cobertura	492
3. LIMITACIÓN DE DISTRIBUCIÓN DE EXCEDENTES Y DE ACTIVIDADES	493
3.1. Prohibición de distribuir excedentes al iniciar las actividades y por	

insuficiencia en la cobertura de provisiones técnicas, en el margen de solvencia o en el fondo de garantía	493
3.2. Limitación de actividades	493

CAPÍTULO VI

EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA (III) GARANTÍAS NO FINANCIERAS Y MEDIDAS DE CONTROL ESPECIAL

1.- GARANTÍAS NO FINANCIERAS	498
1.1. Sujeción a la documentación aprobada. Su modificación.	498
1.1.1. Procedimiento para comunicar las modificaciones	498
1.1.2. Efectos en caso de que las modificaciones incumplan los requisitos iniciales	499
1.2. Régimen contable; deber de consolidación; obligación periódica de información económica, estadística y contable; régimen de participaciones significativas; auditoría de cuentas.	500
1.2.1. Introducción	500
1.2.2. Régimen contable	501
A. Normativa aplicable	501
B. Separación de contabilidades	501
C. Libros y registros contables de las entidades aseguradoras	501
a. Libros de contabilidad	501
b. Las cuentas anuales: principio de imagen fiel, composición y formulación	503
c. Registros específicos de las entidades aseguradoras	504
d. Elaboración de cuentas	505
D. El plan de contabilidad de entidades aseguradoras	505
a. Finalidad del plan	505
b. Estructura del plan	506
c. Ámbito y obligatoriedad del plan contable	510
1.2.3. Deber de consolidación contable	510
A. Obligación de consolidar	510
B. Existencia de unidad de decisión	511
a. Regla general	511

b. Presunción de existencia de unidad de decisión	511
c. Acumulación de los derechos de participación societaria	512
C. Normas aplicables para la consolidación	512
a. Existencia de grupo consolidable de entidades aseguradoras	512
b. Supervisión de los grupos consolidables	513
c. Entidades que forman parte del grupo consolidable de entidades aseguradoras	513
d. Delimitación de la actividad de tenencia de participaciones en sociedades aseguradoras o reaseguradoras	513
e. Otras sociedades que intervienen en la consolidación (artº 67.3 del Reglamento)	514
f. Entidad obligada a cumplir los deberes de la consolidación (artº 67.4, primer párrafo, del Reglamento)	514
g. Designación de la persona o entidad obligada por parte de la Dirección General de Seguros	514
h. Deberes de la persona o entidad obligada	515
i. Déficit en el cálculo y cobertura de las provisiones técnicas. Medidas de control especial	515
j. Requerimiento de información y facultades de inspección por parte de la Dirección General de seguros	515
k. Obligaciones de los subgrupos consolidables	516
l. Integración de entidades extranjeras en el grupo consolidable	516
D. Exclusión de una entidad del grupo consolidable	517
E. Coordinación con autoridades de control de otros países	518
1.2.4. Obligaciones de información económica, estadística y contable a la Dirección General de Seguros	518
A. Obligaciones de las entidades	519
a. Información anual	519
b. Información trimestral	519
c. Plazo para la remisión de la información y facultades de la Dirección General de seguros	520
B. Obligaciones de información de los grupos consolidables	520
a. Información anual	520
b. Información semestral	521
C. Plazo para el envío de la información no anual	521
D. Deber de información de las entidades españolas que operen en otros países del Espacio Económico europeo	521
1.2.5. Régimen de participaciones significativas	521

A. Justificación y concepto	521
B. Deber de información al Órgano de Control. Posible oposición de éste	523
C. Efectos del incumplimiento de la obligación de informar	524
D. Abandono de participaciones significativas	525
E. Obligación de informar por parte de las entidades aseguradoras	525
F. Actuaciones en caso de daño grave en la situación financiera de la entidad	526
1.2.6. Auditoría externa de cuentas	526
A. Introducción: los controles de las entidades aseguradoras	526
B. La obligación de auditoría en las entidades aseguradoras.	527
C. Concepto de auditoría	528
2. MEDIDAS DE CONTROL ESPECIAL.	529
2.1. Antecedentes, denominación, justificación, naturaleza jurídica y concepto	529
2.1.1. Antecedentes y denominación de las medidas	529
A. Antecedentes	529
B. Breve comentario sobre la denominación de las medidas	530
2.1.2. Justificación de su existencia	531
2.1.3. Naturaleza jurídica	532
2.1.4 Concepto	533
2.2. Supuestos que justifican su aplicación	534
2.2.1. Supuestos del artº 39 de la Ley	534
A. Situaciones de dificultad económico - financiera	534
B. Situaciones que afectan al fin social o a la actividad de los órganos sociales	535
C.. Situaciones de hecho e irregularidades en la contabilidad	535
D. Grupos consolidables de entidades aseguradoras	536
2.2.2. Otros supuestos en que pueden adoptarse medidas de control especial: participaciones significativas irregulares y revocación de la autorización a entidad española.	537
A. Participaciones significativas irregulares	537
B. Entidades españolas que operen en el Espacio Económico Europeo	539
C. Entidades no españolas, domiciliadas en países del Espacio Económico Europeo, que operen en España.	539

2.3. Tipología de las medidas de control especial	540
2.3.1. Medidas específicas	540
A. Limitaciones a la libre disposición de bienes	540
B. Plan de saneamiento	542
C. Plan de financiación a corto plazo	542
2.3.2. Medidas generales de control especial	542
2.3.3. Intervención de la entidad	547
2.4. Procedimiento administrativo	547
2.4.1. Tipos de procedimiento	547
2.4.2. Peculiaridades aplicables a ambos procedimientos	547
2.5. Inscripción de las medidas de control especial	550
2.6. Cese de las medidas de control especial	550
2.7. Consecuencias en caso de incumplimiento de las medidas: publicidad, nulidad de los actos realizados y revocación de la autorización administrativa	551
2.8. Compulsión directa sobre las personas: cuando se designen administradores provisionales o interventores	552

CAPÍTULO VII

CESE EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA E INTERVENCIÓN DE ENTIDADES ASEGURADORAS

1. REVOCACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.	554
1.1. Planteamiento general.	554
1.1.1. Concepto y clases de revocación	554
1.1.2. Referencia general a la revocación de la autorización administrativa para operar en la actividad aseguradora	556
1.2. Causas de la revocación	558
1.2.1. Causas generales de la revocación	558
A. Renuncia expresa de la entidad	559
B. Inactividad de la entidad y cesión de cartera	560
a. Inactividad global de operaciones por falta de inicio o por cese de actividades	560
	560

b. Inactividad en uno o varios ramos	562
c. Cesión de cartera	
C. Incumplimiento de requisitos necesarios para obtener la autorización e incurrir la entidad en causa de disolución	562
a. Incumplimiento de requisitos necesarios para obtener la autorización	562
b. Incurrir la entidad en causa de disolución	565
D. Incumplimiento de un plan de saneamiento o de financiación impuestos como medida de control especial	565
E. Imposición de la revocación como sanción	566
1.2.2. Posibilidad de subsanar la causa de revocación	566
1.2.3. Revocación excepcional si existen participaciones significativas con influencia negativa en la gestión de la entidad	567
1.2.4. Supuesto especial para entidades españolas con capital social mayoritario procedente de países terceros	567
1.2.5. Revocación de la autorización a entidades extranjeras que operen en España	568
1.3. Efectos de la revocación	568
1.4. Procedimiento	569
2. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD ASEGURADORA.	570
2.1. Concepto de disolución	570
2.2. Causas de disolución	572
2.2.1. Revocación total de la autorización administrativa	572
2.2.2. Cesión de cartera de todos los ramos	573
2.2.3. Reducción del número de socios	573
2.2.4. No realizar las derramas pasivas	573
2.2.5. Causas de disolución del artº 260 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artº 70 de la Ley de Cooperativas	574
A. Causas de disolución de la Ley de sociedades Anónimas	574
B. Causas de disolución de la Ley de Cooperativas	576
2.3. Acuerdo de disolución voluntaria	577
2.4. Disolución en vía administrativa	579
2.5. Régimen supletorio de las Ley de sociedades Anónimas	579
3. LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES	580
3.1..Concepto de liquidación	580
3.2. Clases de liquidación	581
3.3. Efectos de la liquidación	581
3.4. Medidas adoptables durante la liquidación	582

	282
3.4.1. Intervenir la liquidación de la entidad.	
3.4.2. Designar liquidadores o encomendar la liquidación al Consorcio de Compensación de Seguros.	583
3.4.3. Acordar la cesión de oficio de la cartera de pólizas	583
3.4.4. Acordar el vencimiento anticipado de los contratos	585
	588
3.5. Régimen jurídico de los liquidadores	
	589
3.5.1. Requisitos para ser liquidador	589
3.5.2. Falta de nombramiento de liquidadores	
3.5.3. Elaboración de inventario, balance de liquidación. Obligación de publicidad y de informar a la Dirección General de Seguros	589
3.5.4. Medidas para agilizar la liquidación	590
3.5.5. Responsabilidad y cese de los liquidadores	591
3.5.6. Supletoriedad de la Ley de Sociedades Anónimas	592
3.6. Remoción de la causa de disolución y rehabilitación de la autorización revocada	592
3.7. Finalización de las operaciones de liquidación, extinción de la entidad y cancelación de las inscripciones registrales	594
	594
3.7.1. Finalización de las operaciones de liquidación	
3.7.2. Supuesto general: cancelación de asientos y extinción de la entidad	595
3.7.3. Supuesto especial: cancelación de asientos sin extinción de la entidad	597
	600
3.8. Deber de colaboración de los antiguos administradores y gestores	601
3.9. Régimen supletorio de la Ley de sociedades Anónimas	
3.10. Acciones frente a entidades aseguradoras sometidas a procesos concursales o en liquidación	602
	603
3.10.1. Suspensión de pagos y quiebra	
3.10.2. Imposibilidad de inscribir derechos reales de garantía o anotaciones de embargo desde la fecha de disolución administrativa.	603
3.10.3. Suspensión de la ejecución de sentencias firmes que reconozcan créditos, en el supuesto de liquidación intervenida por el Ministerio de Economía	604
4. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS	604
	604
4.1. Naturaleza y normas generales	605
4.2. Intervención en la liquidación	
	605
4.2.1. Facultades de la intervención	606

A. Funciones de fiscalización	606
B. Funciones de promoción o impulso	606
C. Funciones de propuesta a la Administración	607
D. Funciones a determinar por la Administración	607
4.2.2. Conservación de los derechos de los acreedores	607
4.2.3. Normas de actuación de la intervención	608
A. Actos de conocimiento	608
B. Actos cautelares	608
C. Actos de intervención de pagos	608
D. Actos de impulso	608
E. Actos de documentación	609
4.2.4. Cese de la intervención	609
4.2.5. Inscripción en e Registro Mercantil	609
4.3. Intervención para garantizar el correcto cumplimiento de las medidas de control especial	609
4.3.1. Reconocimiento legal de la medida	609
4.3.2. Efectos del acuerdo de intervención	610
4.3.3. Facultades de los interventores	610
A- Facultades expresamente reconocidas por la Ley de Ordenación	611
B. Funciones y normas de actuación de los interventores, reconocidas por el Reglamento de Ordenación	611
5. LA LIQUIDACIÓN POR EL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS	612
5.1. Antecedentes, régimen normativo y naturaleza	613
5.1.1. Antecedentes	613
5.1.2. Régimen normativo	615
5.1.3. El Consorcio de Compensación de Seguros	615
A. Antecedentes	615
B. Régimen jurídico actual	616
C. Funciones del Consorcio	616
a. Funciones públicas	616
b. Funciones privadas	618
D. Recargos a favor del Consorcio	618
E. Organización del Consorcio	619
5.2. Funciones liquidatorias del Consorcio	619

5.2.1. Reconocimiento legal de la función	
5.2.2. Supuestos en los que puede serle encomendada la liquidación de entidades aseguradoras	621 622
5.2.3. Funciones del Consorcio en los procesos concursales	623
5.2.4. Otras funciones liquidatorias	623
5.3. Caracteres de la liquidación efectuada por el Consorcio	
5.4. Recursos económicos del Consorcio para hacer frente a la liquidación de entidades aseguradoras	625 625
5.4.1. Recursos económicos	625
5.4.2. El recargo del Consorcio de Compensación de Seguros	626
5.5. Régimen jurídico de la liquidación	626
5.5.1. Sustitución de todos los órganos sociales	627
5.5.2. Exigencia de responsabilidades a administradores y directivos	628
5.5.3. No confusión de la Comisión con la entidad en liquidación	629
5.5.4. No obligación de solicitar la declaración de procesos concursales	
5.5.5. Vencimiento anticipado de las deudas pendientes y suspensión del devengo de intereses	629 630
5.5.6. Cese de la Intervención del Estado en la liquidación	
5.6. Beneficios de la liquidación: medidas de mejora, anticipos y otros beneficios	630 631
5.6.1. Cesión de créditos: medidas de mejora y anticipos	631 633
A. Medidas aplicables	633
B. Normas aplicables a las anteriores medidas	
5.6.2. Anticipo de créditos laborales con cargo a los recursos de la entidad y de créditos con garantía real.	634
5.6.3. Recuperación por la Comisión de los gastos de liquidación anticipados	634
5.6.4. Supuestos de cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros y de intervención del Fondo de Garantía Salarial.	634
5.7. Procedimiento para la liquidación por el Consorcio de Compensación de Seguros	635 635
5.7.1. Inicio de la liquidación. Efectos	635 635
A. Imposibilidad de solicitar quiebra o suspensión de pagos	635
B. Suspensión de resoluciones judiciales y administrativas	637
5.7.2. Liquidación encomendada después de la disolución de la entidad	637
5.7.3. Deberes de información	638
5.7.4. Pago de créditos y asunción de los gastos de liquidación	639

5.7.5. Enajenación de inmuebles	640
5.7.6. Plan de liquidación	640
A. Formulación	641
B. Contenido del plan de liquidación	642
5.7.7. Junta general de acreedores	642
A. Convocatoria	643
B. Celebración de la junta general de acreedores	644
5.7.8. Falta de aprobación del plan de liquidación: Solicitud de quiebra	645
5.7.9. Impugnación judicial del plan de liquidación	645
5.7.10. Ratificación del plan de liquidación por la Dirección General de Seguros	645
5.7.11. Ejecución del plan de liquidación y, en su caso, reparto y división del haber social entre los socios	646
5.7.12. Remanente y pago de créditos por sentencias firme notificada después de la aprobación del plan de liquidación	646
5.8 Anticipo de gastos de liquidación en caso de suspensión de pagos o quiebra, cuando exista falta de liquidez de la entidad, y satisfacción anticipada de créditos	647
CONCLUSIONES	649
BIBLIOGRAFÍA	669

INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo vamos a analizar la evolución que la normativa de supervisión estatal del seguro privado ha experimentado en nuestro Ordenamiento Jurídico hasta llegar a la actual Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y su Reglamento de desarrollo de 20 de noviembre de 1998.

Intentaremos con ello poner de manifiesto el hilo conductor capital de las sucesivas fases que marcan la evolución de la legislación especial del seguro privado, sector de la actividad jurídica, económica y social que como tantos otros, especialmente los de carácter financiero, ha debido evolucionar en amplitud, profundidad y complejidad para dar respuesta a la constante aparición de nuevas situaciones y necesidades de la sociedad de cada momento histórico.

Nos ocuparemos especialmente de aquellas facetas del Derecho del Seguro Privado que posean una acusada naturaleza jurídico-pública pero con referencia, cuando ello sea obligado, a las que de naturaleza mercantil, especialmente societaria, contiene el ámbito normativo objeto de estudio y con exclusión de aquellas que, por pertenecer al campo del contrato de seguro, ostentan una definida naturaleza jurídico-privada.

El eje inspirador del análisis vendrá dado por considerar que desde el origen de las primeras normas modernas que han regulado la actividad aseguradora privada, la profunda razón de ser de todas ellas ha sido la de tratar de garantizar la solvencia de las Entidades Aseguradoras frente a sus asegurados, como medio principal y fundamental de salvaguardar y proteger los derechos de estos últimos. Tal razón de ser da lugar, dentro del Derecho del Seguro Privado, a un conjunto de normas que puede ser calificado como *marco normativo de la solvencia*.

Naturalmente que en cada fase de dicha evolución los instrumentos técnico-jurídicos que configuran los contenidos del *marco normativo de la solvencia* no tienen

por qué ser coincidentes, y ciertamente no lo son, pero no es menos cierto que algunos de tales instrumentos, como la exigencia de capitales mínimos iniciales y la regulación jurídica de las tradicionales Provisiones Técnicas, denominadas Reservas Técnicas hasta fechas relativamente recientes, son, con las naturales adaptaciones, una constante en aras de garantizar el referido fin.

Así, esperamos hacer patente y manifiesto el indicado hilo conductor de la legislación del seguro privado desde la primera Ley de Seguros de 14 de Mayo de 1908 hasta la vigente Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 8 de Noviembre de 1995, y centraremos el análisis del modelo de solvencia vigente bajo la óptica del referido *marco normativo de la solvencia*, compuesto tanto por normas que regulan lo que podemos considerar como *contenido inmediato o material* de la misma, como por normas que regulan su *contenido mediato o instrumental*.

El *contenido inmediato o material* del marco normativo de la solvencia se configura como el conjunto de condiciones y exigencias técnicas, económicas y materiales necesarias para que las entidades puedan conseguir y mantener el estado de solvencia requerido (garantías financieras previas, prohibición de reparto de excedentes durante los años iniciales, régimen de las bases técnicas, de las provisiones técnicas y del margen de solvencia).

El *contenido mediato o instrumental* del marco normativo de la solvencia, viene delimitado por un conjunto de normas que establecen requisitos indispensables para poder verificar y poner de manifiesto si se cumple o no con las normas “materiales” reguladoras de la solvencia. Tal contenido mediato se nutre de las normas relativas a: (autorización administrativa, presentación de un programa de actividades; garantías no financieras tales como los deberes de contabilidad, de consolidación de estados contables, de auditoría externa y el régimen de las participaciones significativas; la obligación de proporcionar información económica al órgano de control, las facultades de inspección del mismo y la publicidad registral administrativa). En dicho contenido mediato incluimos también: a) las denominadas medidas de control especial, dado el carácter preventivo de las mismas para tratar de corregir situaciones de crisis y a la vista bien del contenido económico financiero que directamente poseen algunas de ellas (tales como los planes de saneamiento, financiación y rehabilitación), o bien de su expresa finalidad de comprobar el adecuado cumplimiento de las propias medidas de control especial impuestas (intervención administrativa de las entidades), y b) el régimen de intervención en la liquidación de las entidades o el procedimiento de liquidación por el Consorcio de Compensación de Seguros, en la medida en que tales actuaciones están concebidas para que no empeore el estado de insolvencia que ha generado la disolución y liquidación de la entidad.

El método a seguir en la exposición de la materia estará basado en el tradicional modelo de análisis fundamentado en las tres etapas en que puede dividirse el *iter* vital de las entidades: acceso a la actividad, funcionamiento y cese en la misma. No obstante al analizar el ámbito de lo que hemos calificado como *contenido mediato o instrumental* de la solvencia contemplaremos alguna excepción en las materias a tratar y haremos también referencia extensiva a aspectos no relacionados con la misma, con el fin de no incurrir en una exposición excesivamente fragmentada de los contenidos normativos globales de cada una de las tres etapas indicadas (ej.: ámbitos objetivo y subjetivo de la

Ley de Ordenación, tipología de las formas jurídicas, domicilio, denominación, , vínculos estrechos, requisitos de los socios y directivos, etc) y con la misma finalidad finalizaremos la exposición del trabajo analizando las situaciones, principalmente las no voluntarias, que provocan el cese de la actividad y el abandono del mercado (revocación de la autorización, disolución, liquidación de entidades) para con ello poder cerrar una visión completa de la actividad que contemple tanto los requisitos de acceso al mercado, como los de funcionamiento y abandono del mismo.

Por todo lo expuesto, al analizar el modelo de supervisión vigente y con el fin de delimitar el contenido del trabajo, quedarán fuera del ámbito del mismo áreas de regulación sustantiva que, no obstante su importancia, carecen de relación con el indicado marco normativo de la solvencia, tales como el régimen de las operaciones societarias (cesión de cartera, fusión, absorción y escisión de sociedades); infracciones y sanciones administrativas; actividad de entidades españolas en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios en la Unión Europea; actividad en España de entidades aseguradoras extranjeras; y el régimen orgánico de la Autoridad administrativa de supervisión, áreas todas éstas en las que no se considera oportuno aplicar las excepciones referidas en el párrafo anterior para justificar su tratamiento en el presente trabajo.

En lo que se refiere al desarrollo concreto del trabajo, partiremos del encuadre normativo jurídico público (constitucional y administrativo) de la supervisión e intervención estatal en el seguro privado, analizaremos sus antecedentes históricos, justificación, principios inspiradores y contenidos (capítulo I), revisaremos desde sus orígenes la evolución de la legislación española reguladora de la supervisión estatal del seguro privado (capítulo II), y expondremos el régimen jurídico vigente (capítulos III a VII) en aquella parte del mismo dedicado a tratar aquellos aspectos que se encuentran relacionados, directa o indirectamente, con el *marco normativo de la solvencia* de las entidades aseguradoras, el cual constituye el eje principal sobre el que se construye toda la normativa de ordenación y supervisión.

Para ello dividiremos el trabajo en dos partes: la primera parte, de menor extensión, dedicada al análisis del encuadre normativo jurídico público y al examen cronológico de las fases que componen la evolución legislativa anterior a la vigente Ley de 1995 (capítulos I y II), y la segunda parte, de mayor amplitud, dedicada al régimen vigente en el cual se abordarán tanto las condiciones de acceso a la actividad (capítulo III), como los requisitos para el ejercicio de la misma, con especial énfasis en el análisis de las garantías financieras referidas a la exigencia de las provisiones técnicas, el margen de solvencia y el fondo de garantía (capítulos IV y V), y sin olvidar las garantías no financieras entre las que destacan el régimen contable, el deber de consolidación, el régimen de control de las participaciones significativas, las obligaciones periódicas de información económica, estadística y contable al órgano de supervisión, así como las denominadas medidas de control especial que también son tratadas dada su naturaleza no sancionadora y su carácter preventivo, aplicables durante el funcionamiento de la entidad, que pueden servir de base para la corrección de los problemas de solvencia que puedan afectar a las entidades y para el mantenimiento de las mismas en el mercado (capítulo VI); y para finalizar trataremos las situaciones que conducen a la intervención administrativa de las entidades y al cese en la actividad – revocación de la autorización, disolución y liquidación- (capítulo VII).

En síntesis, las materias a tratar en cada uno de los capítulos del trabajo serán las siguientes:

En el Capítulo I abordaremos el encuadre jurídico público de la materia arrancando de su engarce con los contenidos de la *denominada Constitución Económica*, el *Derecho económico* y el *Derecho administrativo económico* para, a continuación, hacer mención a los antecedentes históricos del control y la supervisión estatal del seguro privado, su justificación, los principios que los deben informar, así como sobre los contenidos fundamentales de la supervisión, con especial referencia tanto al modernamente denominado *control financiero*, ejercido sobre las provisiones técnicas y el margen de solvencia de las entidades, como al control sobre las condiciones de las bases técnicas que personalmente consideramos como parte de dicho control financiero, ya que las mismas constituyen lo que podría calificarse como la primera línea de seguridad en el mantenimiento de primas suficientes para atender las obligaciones derivadas de la actividad, tras lo cual podríamos situar en segundo lugar las provisiones técnicas y, en tercer lugar, el margen de solvencia. También analizaremos en este capítulo las facultades de inspección que ostenta la Administración Pública y la normativa sobre la publicidad registral administrativa, cuyo fin principal es el de ofrecer una adecuada transparencia sobre las entidades y demás sujetos que operan en el mercado asegurador sometidos a las normas de ordenación y supervisión.

El Capítulo II estará dedicado a analizar la evolución legislativa de nuestro modelo de control y supervisión de la actividad aseguradora, evolución que hemos dividido en cuatro etapas que hemos denominado de *nacimiento y asentamiento de la supervisión* (1ª etapa, de 1908 a 1954); de *consolidación del modelo de supervisión* (2ª etapa, de 1954 a 1977; de *etapa precomunitaria* (3ª etapa, de 1978 a 1986) y de *etapa comunitaria* (4ª etapa, de 1986 hasta nuestros días).

En el Capítulo III trataremos los ámbitos objetivo y subjetivo de la vigente Ley de Ordenación, las operaciones prohibidas, el ámbito territorial, la tipología de formas jurídicas sociales aptas para ejercer la actividad, denominación y domicilio social, objeto social, programa de actividades, régimen de los vínculos estrechos y requisitos personales de socios y directivos.

Los Capítulos IV y V se ocupan del análisis de las garantías financieras de solvencia exigibles durante el funcionamiento de las entidades. Así analizaremos tanto la justificación, régimen jurídico, cobertura individual y consolidada, y consecuencias en caso de déficit de las Provisiones Técnicas (Capítulo IV) como la justificación, génesis, y régimen jurídico del Margen de solvencia y el Fondo de Garantía.

El Capítulo VI se destinará al tratamiento de las garantías no financieras tales como la sujeción a la documentación aprobada que sirvió de base para obtener la autorización; las exigencias contables y de consolidación, la obligación periódica de información económica, estadística y contable al Órgano de Control; el régimen de participaciones significativas y la obligación de auditoría externa. También son tratadas en dicho capítulo las denominadas Medidas de Control Especial, por las razones antes apuntadas.

Por último en el Capítulo VII se procederá al examen de las causas que provocan tanto la intervención administrativa de las entidades como el desencadenamiento de actuaciones que conducen al cese de la actividad (revocación de la autorización, disolución y liquidación de las entidades, con especial referencia a los supuestos de liquidación actualmente llevada a cabo por el Consorcio de Compensación de Seguros y hasta noviembre de 2002 desempeñada por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras desde su creación en 1984. Actuaciones que se ha considerado conveniente exponerlas para dar una visión de conjunto del entramado jurídico de supervisión aplicable a la actividad aseguradora privada durante la vida de las entidades, aunque tales actuaciones, salvo la intervención para verificar el cumplimiento de las medidas de control especial y la intervención en la liquidación de las entidades, no afecten por sí mismas al objetivo de solvencia sino que, al igual que las sanciones, son la manera de restituir la integridad del orden jurídico alterado por los comportamientos o situaciones antijurídicas que desencadenan tales actuaciones.

Con dicha metodología expositiva pretendemos conseguir por un lado poner de manifiesto, con un cierto carácter de conjunto, el tratamiento que nuestro Ordenamiento Jurídico Público ha otorgado desde sus orígenes a esta parte del Derecho del Seguro Privado y, por otro lado, que pueda quedar evidenciada tanto la herencia normativa en la que las normas vigentes, en principio más modernas y eficaces, tienen su inspiración, cuando no su precedente inmediato, como que el fin principal de la normativa de ordenación y supervisión del seguro privado viene marcado por el objetivo permanente de mantener a las entidades en estado de solvencia suficiente para atender sus compromisos, aunque a lo largo de la evolución del ordenamiento los medios hayan ido evolucionando y perfeccionándose.

PRIMERA PARTE:

***ANTECEDENTES, JUSTIFICACIÓN Y
EVOLUCION LEGISLATIVA***

CAPÍTULO I

LA SUPERVISION ESTATAL DEL SEGURO PRIVADO: ENCUADRE JURÍDICO PÚBLICO, ANTECEDENTES HISTORICOS, JUSTIFICACION, CONCEPTO Y CONTENIDOS.

1. ENCUADRE DE LA SUPERVISIÓN Y EL CONTROL FINANCIERO DEL SEGURO PRIVADO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO.

Trataremos en este apartado de reflejar como se engarza en nuestro ordenamiento constitucional vigente la actividad controladora y supervisora realizada por el Estado sobre el sector del seguro privado. Para ello, aunque de manera sintética pues no es materia del presente trabajo su tratamiento en profundidad, abordaremos los principios constitucionales de la actividad económica, la denominada *Constitución Económica*, el concepto del denominado *Derecho Económico*, y dentro de él del *Derecho Administrativo Económico*, para concluir con la cobertura constitucional para la intervención del Estado en la economía y, en concreto, en el sector del seguro privado.

1.1. La Constitución económica

1.1.1. Concepto

Inicialmente el término “constitución económica” carece de significado jurídico constituyendo un concepto puramente económico: “es el fundamento, la ordenación, la estructura, la base misma del propio sistema económico; en definitiva, los principios y reglas fundamentales por los que se rige”. La juridificación del término vino a consecuencia de la innovación que produjo la Constitución alemana de Weimar (1919) al incluir, junto a la tradicional protección de los derechos individuales de carácter político, el reconocimiento de los llamados derechos sociales y económicos. Así, desde esta nueva perspectiva, por “Constitución económica” se entiende “la expresión del marco y de los

principios jurídicos de la ley fundamental –Derecho constitucional económico– que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica”¹.

También la “Constitución económica” o “modelo económico de la Constitución” ha sido definida como “el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución”, orden que, no obstante, no es una pieza aislada sino que se enmarca en la propia estructura de la norma constitucional y debe ser contemplado en conexión con un ámbito de mayor amplitud que viene constituido por el modelo de sociedad (sociedad libre) y por el modelo de Estado (en nuestro caso “social y democrático de Derecho” y “autonómico”)².

Los sistemas posibles para organizar socioeconómicamente los Estados son tres: dos que podríamos calificar de contrapuestos (el *liberal* y el *socialista*) y un sistema *mixto* que trata de conjugar los dos modelos anteriores, los cuales pueden sintetizarse como sigue³:

- El *sistema liberal* implica un modelo de *economía de mercado* fundamentado en la libertad del consumidor, la libertad de precios, la libre competencia, el principio del beneficio y la libertad de decisión empresarial, todo ello soportado sobre el principio de la propiedad privada de los medios de producción.

- El *sistema socialista* implica un modelo económico de dirección y planificación centralizadas en el que las decisiones las adopta la autoridad, que es quien estima las necesidades de los ciudadanos, todo ello en un régimen de precios y remuneraciones controladas, tanto para la empresa como para sus agentes, y todo ello fundamentado en el principio de la propiedad colectiva de los medios de producción.

- El *sistema mixto* trata de combinar los modelos de decisión individual y estatal y los sistemas de propiedad privada y propiedad colectiva. Este último, conocido como modelo de Economía Social de Mercado (o Estado Social de Derecho, desde un punto de vista jurídico), puede, a su vez, tener dos expresiones: una el sistema denominado de Economía Mixta, en el cual el Estado es el protagonista y director de la economía y las actuaciones estatales y las privadas y la propiedad pública y la privada se mezclan, según las necesidades de cada momento, sin que exista un orden de jerarquía predeterminado; otra, extendida entre los Estados occidentales, es la que puede catalogarse como Economía social de Mercado propiamente dicha, en la que el Estado no protagoniza la economía sino que ésta, siendo una Economía de Mercado fundamentada en la libertad y la iniciativa privada, admite una serie de intervenciones del Estado complementarias para garantizar a todos los ciudadanos una serie de coberturas y servicios

1.1.2. La Constitución económica española

El modelo socioeconómico de nuestra Constitución se enmarca en el ámbito del sistema mixto

¹ Vid. MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. “*Derecho administrativo económico*”, p. 27. Tomo I. La Ley. Madrid 1988. Reimpresión 1991.

² ARIÑO ORTIZ. G. “*Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*”, p. 95. Madrid. 1993; y “*Principios de derecho público económico*”. 2ª ed., p. 127.. Comares. Granada 2001

³ Vid. ARIÑO ORTIZ. G. “*Principios de...*”. Op. cit., pp. 128 y 130.

La Constitución española de 1978, aprobada en plena crisis del modelo de Estado del Bienestar, perfila plenamente un modelo de Estado de este tipo, al conceptualizar a España, en su artº 1, como *Estado social y democrático de Derecho*, uno de cuyos valores fundamentales es el de la igualdad, junto con los de libertad, justicia y pluralismo político. Modelo de Estado que se hace todavía más patente en el Título Primero, Capítulo III, el cual bajo la rubrica de “Principios rectores de la política social y económica” desarrolla las obligaciones económico-sociales del Estado en relación con la protección de la familia, el desempleo, los derechos de los trabajadores, la seguridad e higiene en el trabajo, la salud, el deporte y el ocio, la cultura, y el medio ambiente; el derecho a una vivienda digna, la protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; las pensiones y servicios sociales para la tercera edad, etc.

Los principios de ordenación económica de nuestra Constitución, enmarcados en el modelo mixto antes referido, resultan en cierta medida contrapuestos. Así, siguiendo a un sector de la doctrina⁴, dichos principios pueden ser expresados de la siguiente manera, adscribiéndolos a cada uno de los sistemas de economía de mercado y de economía mixta, intervenida y planificada:

ECONOMÍA DE MERCADO	ECONOMÍA MIXTA
1º.- Derecho a la propiedad y libre transmisión de la misma. (artº 33.1 CE).	1º.- Función social de la propiedad y subordinación de toda riqueza al interés general (arts. 33 y 128.1 CE).
2º.- Libertad de emprender, libre elección de profesión y oficio (arts. 35.1 y 38 CE).	2º.-Iniciativa pública y reservas al sector público (artº 128.2 CE).
3º.- Economía de mercado y defensa de la competencia (artº 38 CE).	3º.- Planificación de la actividad económica, modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, distribución de la renta, tanto personal como regional, más equitativa (arts. 130 y 131 CE).
4º.- Derecho del empresario a su empresa: poder de dirección y autonomía de gestión (artº 38 CE).	4º.- Subordinación de la actividad empresarial privada a las exigencias de la economía general. Intervención de empresas cuando lo exija el interés general: participación de los trabajadores en la empresa en sus diversas formas (arts. 38, <i>in fine</i> ; 128.1 y 2, <i>in fine</i> CE).
5º.- Derecho a la negociación colectiva y defensa de la productividad	5º.-Derecho de huelga, incluida la huelga política (artº 37.2 CE).

⁴ Vid. ARIÑO ORTIZ. G. “Principios de...”. Op. cit., pp. 129 y ss.

(arts. 37 y 38 CE).	
6º.- Libertad de comercio e industria, libertad de circulación de personas y bienes (arts. 38 y 139 CE).	6º.- Defensa y protección de los consumidores; régimen de autorización de los productos comerciales (artº 51 CE).

La doctrina antes citada considera que esta relación de principios “aparentemente contrapuestos refleja la ambivalencia o, si se prefiere, el carácter abierto de la Constitución económica española, que deja al liderazgo político de cada momento la elección de variados modelos o formas de ordenar la vida económica, y el mayor o menor protagonismo del Estado”, pese a lo cual, “la Constitución prohíbe un sistema de economía de dirección o planificación central, basada en la propiedad colectiva de los medios de producción, al estilo de las economías del socialismo real de hace unos años. También parece excluirse el modelo de economía liberal clásico, de corte manchesteriano”.

Esta corriente doctrinal, -partiendo de la base de que no todos los mandatos de las Constituciones tienen el mismo valor sino que unos son “principalistas” (principios básicos en la configuración del Estado) y otros son secundarios-, considera que los principios reflejados anteriormente en la columna de la izquierda tienen naturaleza “principalista” y constituyen “el *modelo o regla* general a que la Constitución responde, esto es, los parámetros o elementos esenciales que integran la economía de mercado del Estado social”, siendo los principios contenidos en la columna de la derecha de carácter complementario en tanto que instrumentos de corrección al sistema de mercado, compatibles con éste, “para garantizar las prestaciones sociales que la libre competencia no aseguraría”, quedando tales intervenciones del Estado “como una *excepción a una regla* general de libertad”. Tales principios básicos, incluidos en los arts. 33,35,37 o 38 (y, por extensión, el 139) de la Constitución (Título I, Capítulo II) “gozan de una prevalencia (o plusvalencia)⁵ sobre los contenidos en el Título VII (Economía y Hacienda: arts. 128 y

⁵ No obstante, cierto sector doctrinal considera que no existe dicha prevalencia. Tal es el caso de MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, en “Derecho administrativo...”, Op. cit., pp. 98 y 99. Sostiene este autor que en el análisis de los arts. 38 y 128 de la Constitución es necesario “asumir de forma conjunta el contenido de los mismos. No cabe establecer prevalencia ni subordinación de uno sobre otro. Es postulado del que hay que hacerse cargo con todas sus consecuencias (...) Y ello por la razón elemental de que no es posible establecer jerarquía, ni ningún tipo de relación axiológica entre el art. 38 y 128, de modo que pueda formularse conclusión alguna sobre la prevalencia de uno u otro. Aparte de que aquel no se encuentra entre los de validez reforzada, que acaso pudiera derivarse del art. 168 CE. Además, y de acuerdo con lo que ya se dijo, ambos artículos expresan realidades que jurídicamente no cabe relacionar. Una cosa es la protección jurisdiccional y la regulación de un derecho, y otra muy distinta el cumplimiento de la habilitación que para que la Administración pueda actuar impone el principio de legalidad (art. 9.3 CE). El régimen jurídico de uno y otro supuesto es diferente. No cabe relación comparativa alguna. El dato de que exigencias y características que puedan darse en uno de ellos no concurren en el otro, nada permite concluir acerca de una posible relación de prevalencia o de subordinación entre ambos textos”. Para dicho autor, la defensa de los postulados de la economía de mercado tiene su apoyo, más que en la prevalencia del artº 38 de la Constitución sobre el 128, en la necesidad de que, partiendo de una interpretación conjunta de ambos preceptos, se concluya en reconocer “la obligación del sector público de respetar necesariamente las reglas de la competencia y de no obtener ni de *iure* ni de *facto* privilegio alguno en su status ni en sus procedimientos de actuación”. Y todo ello debido a que las amplias posibilidades que el artº. 128 otorga al sector público “deben desarrollarse siempre en el marco de la economía de mercado (...) Ni la libertad de empresa, ni la economía de mercado son incompatibles con la actuación del sector público”. Lo que ocurre, según el citado autor, es que al relacionar al sector público con dichos conceptos de libertad de empresa y de economía de mercado, ya

sigs.) y aún sobre los principios rectores de la política social y económica que se contienen en el Capítulo III del mismo Título I”, y ello debido a que tales principios básicos (que constituyen derechos y libertades constitucionales), a tenor de lo establecido por el artº 53.1 de la propia Constitución, vinculan a todos los poderes públicos, su regulación está reservada a la ley (la cual “en todo caso deberá respetar su contenido esencial”) y resultan protegidos por el recurso de inconstitucionalidad previsto por el artº 161.1.a) de la Constitución, en el caso de que la ley u otras disposiciones normativas que regulen tales derechos y libertades infrinjan el *contenido esencial* de los mismos.

En resumen, esta posición doctrinal considera:

- Que “el orden económico constitucional está definido en sus grandes líneas, pero no en sus modulaciones concretas, las cuales se encomiendan al liderazgo político de cada momento (Parlamento y Gobierno)”;

- Que el modelo económico constitucional, por un lado, “entraña algunas exigencias radicales como son el respeto de los *derechos fundamentales y las libertades públicas* consagradas en el artículo 14 y Sección 1ª, Capítulo II, Título I (arts. 14 a 29) de la Constitución”, y por otro lado “supone y exige el respeto básico de los derechos contenidos en la Sección 2ª del mismo Título y Capítulo, no menos fundamentales (aunque menos radicales en cuanto a su protección que los de la Sección 1ª). Cualquier ordenación de la vida económica que supusiera una negación completa o un atentado frontal a esos derechos sería anticonstitucional”.

- Que en nuestro modelo económico constitucional “no caben todo tipo de medidas de intervención estatal, incluso las que supongan un falseamiento total del sistema, sino que caben medidas complementarias conformes al sistema: 1) para corregir los comportamientos viciosos de la economía de mercado (incluso con iniciativa pública), y 2) para establecer una red de seguridad con servicios que no serían atendidos por el mercado, como la cultura o la salud”.

Otra posición doctrinal⁶, ampliamente difundida en la doctrina y en nuestra jurisprudencia constitucional, sostiene que ante la ambigüedad de los conceptos centrales en que se fundamenta nuestro modelo económico constitucional, en él mismo tienen cabida cualquier tipo de medidas y de ordenación económica, admitiendo nuestro modelo la mezcla asistemática de los principios anteriormente indicados, sin que a ninguno de ellos pueda atribuírsele carácter principalista y de regla general, pudiéndose substituir, en consecuencia, todos los principios del modelo de economía de mercado por los propios del de economía mixta, sin que ello vulnere la Constitución.

no cabe configurar a aquel como poseedor de privilegios ni de derecho ni de hecho, debiendo funcionar el sector público y el sector privado en régimen de paridad y de igualdad en su régimen jurídico, situación que, en cuanto al Seguro Privado se refiere, ya tuvo su expresión en el artº 4 de la Ley de Ordenación de 2 de agosto de 1984 el cual estableció que las entidades públicas de seguros privados deberían realizar dichas operaciones “en condiciones equivalentes a las entidades privadas”. Dicho régimen ha sido mantenido por la Ley de Ordenación de 8 de noviembre de 1995 la cual en su artº 7.2 exige también a las entidades públicas que tengan por objeto la realización de aoperacioens de seguro que dicha actividad se desarrolle “en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras privadas”.

⁶ GARCÍA PELAYO, Manuel. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en Estudios sobre la Constitución española de 1978. Pp. 29 y ss. Libros Pórtico. Zaragoza, 1979.

No obstante, como ha sido señalado por la doctrina, esta última tesis debe ser analizada a la vista de la extensión en la Unión Europea de un modelo económico social basado en la economía de mercado con medidas de intervención del Estado complementarias y excepcionales, modelo que implica el reconocimiento de la libertad de empresa como instrumento para alcanzar mercados competitivos y eficientes. Los fundamentos de la actuación y relaciones comunitarias están basados en las libertades de circulación de mano de obra, de bienes y servicios y de capitales; en la libertad de establecimiento y de prestación de servicios y en la prohibición de monopolios comerciales (salvo empresas que desempeñen “servicios económicos de interés general”) y de concesión de ayudas a empresas públicas y privadas que puedan impedir, restringir o falsear la libre y leal competencia en el seno del Mercado Único Europeo. Tales exigencias incorporadas en el Derecho Primario de los Tratados y desarrolladas por el Derecho Derivado comunitario (Directivas, Reglamentos y Decisiones) tienen preferencia sobre el Derecho interno de los Estados y se imponen sobre los Ordenamientos nacionales, incluidos los constitucionales. Por ello cabe considerar que el artº 128.2 de nuestra Constitución, (que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y, mediante ley, tanto la intervención de empresas cuando así lo exija el interés general, como la posibilidad de reservarse el sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio), debe ser analizado e interpretado a la luz de las exigencias derivadas de los Tratados comunitarios. Y, en cuanto afecta a los preceptos de nuestra Constitución referidos al modelo económico, “habrá que tener en cuenta la interpretación que realice la Comunidad Europea sobre la configuración de sectores económicos que han sido tradicionalmente regulados, nacionalizados o intervenidos por diversas razones: fiscales (tabaco), seguridad nacional (correos...), culturales (televisión...), sociales (carbón...), servicio al público (transporte, energía, abastecimiento de agua...). La polémica real sobre los límites de la intervención estatal se está planteando en estos sectores, y está dando lugar a un nuevo modelo de regulación, denominado *regulación para la competencia o competencia regulada*”⁷.

1.2. El Derecho económico

Los precedentes del denominado “Derecho económico” pueden encontrarse en PROUDHON el cual ya utilizó la expresión entendiéndolo por tal “el gran principio ordenador de toda la organización social, sobrepuesto y condicionando, incluso, al propio derecho político”; también A. LEVI, en 1886, publicó la obra “il diritto economico” en la cual se pretendía “sintetizar el sistema jurídico, público y privado, con el sistema económico”. Posteriormente, después de la primera guerra mundial es en Alemania donde se empieza a desarrollar el concepto de Derecho económico, o Derecho de la Economía, como un “derecho de guerra” cuya finalidad es la ordenación de la Economía en orden a la propia contienda bélica y con un marcado carácter transitorio. No obstante, una vez finalizada la guerra, el Derecho económico no desaparece. Las necesidades planteadas por la situación bélica habían hecho evolucionar un sistema económico basado en criterios individualistas a una ordenación de la economía fundamentada en criterios colectivos y sociales⁸.

⁷ ARIÑO ORTIZ, G. en “Principios de...”. Op. cit., pp. 137 a 139.

⁸ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, en “Derecho administrativo...”, Op. cit., pp. 22 y 23.

Modernamente dos son las concepciones que tratan de delimitar el concepto del “Derecho económico”⁹:

1) La primera de ellas no atribuye al “Derecho económico” una materia determinada y un contenido específico. Se trata, más bien, de una *actitud metodológica* frente a la totalidad del Ordenamiento, el cual debe ser analizado desde el punto de vista de la realidad social en el que se encuentra inmerso y de los postulados económicos que se desarrollan en la misma. Esta concepción, que no pretende calificar al Derecho económico como una nueva rama del Derecho, relativiza los tradicionales criterios de clasificación del Ordenamiento en las dos grandes clasificaciones de Derecho Público y Derecho Privado, y trata de ofrecer una propuesta metodológica para abordar el análisis de la totalidad del sistema jurídico desde la óptica de lo “económico” que se inserta en toda la actividad social.

2) La segunda de las concepciones es de *naturaleza sustantiva*. Ésta, que sí considera que el Derecho económico posee contenido propio, tiene a su vez dos orientaciones: -Una, de contenido amplio, engloba en el Derecho económico todas las normas relativas a la vida económica sean éstas de Derecho Público o de Derecho Privado. -Otra, de contenido más restringido, conforma el Derecho económico como el conjunto de normas jurídicas mediante las cuales el Estado ejerce la dirección de la actividad económica. Esta última posición, de mayor aceptación, conduce a la identificación del “Derecho de la Economía” con el denominado Derecho administrativo económico, complementado con las normas referentes a la Constitución económica.

No obstante, un sector de la doctrina, estima que si bien el Derecho económico es “preferentemente” Derecho público económico, no lo es “exclusivamente” ya que el mismo también incluye ciertas parcelas del Derecho mercantil como son el Derecho de la empresa y el derecho del mercado con lo cual “en el derecho de la economía se encuentran tanto normas pertenecientes al derecho público como normas pertenecientes al derecho privado y, dentro de estas dos categorías, las normas se adscriben a las concretas ramas en que las mismas se subdividen”¹⁰.

Así, se ha podido decir que en el Derecho económico “confluyen sistemáticamente, primero, las bases y principios que constituyen la Constitución económica; también el derecho de la empresa, el de la competencia, el de la intervención pública, para completarse después, como auténtica parte especial, con el análisis de los distintos sectores económicos (energía, transportes, crédito, seguros, etc.) en los que, principios e instituciones comunes a todas las disciplinas jurídicas, aparecen asumidos no en su significado general, sino en cuanto llevan a cabo, en concreto, la ordenación económica de esos mismos sectores”¹¹.

Para finalizar este apartado relativo al concepto del Derecho económico debe indicarse, como ha señalado un sector de la doctrina, que la interpretación de sus instituciones ha de ser hecha desde una perspectiva *teleológica y finalista*, no conceptual,

⁹ Síntesis de la evolución doctrinal realizada por GALÁN CORONA, E., en el Prólogo a *Mercado y Derecho* de N: REICH. (Edit. Ariel. Barcelona 1985), recogida por ARIÑO ORTIZ. G. en “Principios de...”. Op. cit., pp. 14 y 15.

¹⁰ ARIÑO ORTIZ. G. “Principios de...”. Op. cit., p. 15.

¹¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, en “Derecho administrativo...”. Op. cit., p. 26.

ya que “la interpretación y aplicación del Derecho económico debe hacerse con *criterios jurídicos y económicos*, teniendo en cuenta fundamentalmente la función económica de la norma, ya que si de lo que se trata es de ordenar o regular la economía es evidente que la interpretación tiene que ser acorde con la *naturaleza de las cosas*, que es económica”, pero “aunque es evidente el potencial del Análisis Económico del Derecho (...) no se puede ser *economicista* ni llegar al imperialismo económico de algunos como G. BECKER que someten al análisis económico todo tipo de fenómenos como el mercado de estupefacientes, la regulación de la pornografía, la estabilidad del matrimonio, el número de hijos y otras cuestiones semejantes. El análisis económico solo puede aplicarse en los fenómenos cuyas dimensiones son económicas pero no si intervienen otras variables como el amor, las creencias religiosas, etc. En este sentido el análisis económico encuentra un campo muy amplio de aplicación en el Derecho, sobre todo en el Derecho patrimonial, Derecho fiscal y Derecho administrativo, excepto los derechos fundamentales”¹².

1.3. El Derecho administrativo económico

De acuerdo con lo anteriormente expuesto respecto al concepto de Derecho económico, integrado por normas de carácter jurídico privado y de carácter jurídico público, puede establecerse que el Derecho administrativo económico “es aquella parte del Derecho administrativo –también, naturalmente, del derecho económico- que regula la actuación que en el ámbito económico lleva a cabo la Administración –la Administración económica- directamente o a través de personificaciones de distinta naturaleza, y la que realiza también para ordenar la que los particulares desempeñan en este mismo sector”¹³.

Tal contenido excluye, no obstante, del concepto de Derecho administrativo económico las exigencias de tipo financiero y presupuestario y las consecuencias económicas derivadas de tales exigencias que afectan a toda la actividad administrativa en general. El Derecho administrativo económico viene configurado por la intervención y por la participación directa de la Administración en la Economía. Dicha actuación de la Administración puede expresarse bien mediante la regulación y ordenación de la actividad económica, marcando pautas de comportamiento para los particulares y agentes económicos, o bien mediante la participación de la propia Administración en la actividad económica ya sea directamente, ya sea de forma indirecta mediante entidades interpuestas, públicas o privadas, de carácter instrumental. Dualidad de comportamiento que puede conectarse con la tradicional distinción entre “Administración de ordenación” y “Administración prestacional” y, en cierto modo, también con la clásica diferenciación de la actividad administrativa como “actividad de policía” y “actividad de servicio público”.

1.4. La intervención del Estado en la Economía

1.4.1. La intervención sectorial

A. Intervención mediante la prestación directa o indirecta de la actividad. Nuevos planteamientos frente al modelo tradicional

Lo anteriormente indicado implica que el Estado pueda intervenir en la Economía, bien regulando y ordenando la actividad de determinados sectores señalando las *reglas del*

¹² ARIÑO ORTIZ, G. “Principios de...”. Op. cit., pp. 18 y 33.

¹³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, en “Derecho administrativo...”, Op. cit., p. 52 y ss.

juego a los agentes económicos que pueden participar en los mismos, o bien interviniendo el propio Estado en dichos sectores como agente económico mediante la presencia en éstos de la Administración, directa o indirectamente.

Pero, según antes se indicó¹⁴, el modelo de intervención del Estado en la Economía se encuentra en un proceso de revisión que está dando lugar a un nuevo modelo de regulación, denominado *regulación para la competencia* o *competencia regulada*. Hasta fechas no muy lejanas la intervención del Estado en la Economía se basaba en la noción tradicional de *servicio público* en cuya regulación aquel adoptaba la mayoría de las decisiones referentes a la prestación del servicio en cuestión (planificación, inversión, financiación, régimen de tarifas, régimen contable, dirección de la actividad, etc.) y ejercía el control total sobre la prestación de dicho servicio. Este modelo de servicio público, monopolístico, de mínimos, igualitario y uniforme, apto para un tipo de sociedad desestructurada, rural, de bajo nivel educativo, sin suficientes servicios de salud, transportes y comunicaciones, se considera que ha dejado de ser un modelo viable y adaptado a las necesidades de las sociedades modernas. No significa ello que tal modelo haya sido inútil. Todo lo contrario. Ha constituido a lo largo de su larga historia una fuente de progreso y socialización que ha permitido mejorar la situación de las sociedades y se ha manifestado como una de las piedras angulares del edificio socio-económico-político.

Pero las modernas sociedades actuales, más instruidas, más civilizadas, más prósperas, más igualitarias, más longevas, etc., demandan un cambio en el modelo de prestación de los servicios públicos. La permanencia del modelo tradicional aplicado a situaciones sociales muy diferentes ha llevado a un crecimiento desorbitado del Estado en detrimento de la eficiencia económica y de la calidad de los servicios y generando una situación de falta de elección por parte de los ciudadanos que deben aceptar la situación al carecer de alternativas viables. Paradójicamente el servicio público que en esencia es “servicio al público” deja de “servir” a éste adecuadamente.

A nivel internacional se ha extendido la evidencia de que tal modelo de Estado debe ser corregido para “devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo su libertad: la libertad de elegir”. Así, se ha ido generalizando una situación de cambio en el sentido de privatizar determinados servicios públicos, privatización que debe ser entendida no tanto como la venta de empresas públicas como la devolución de dichas actividades a la iniciativa social. Tal situación de cambio puede no deberse tanto a los resultados de una pugna de ideologías como a la realidad de la existencias de cambios profundos en el tejido económico social tales como la globalización de la economía, los avances de la denominada nueva sociedad de la información y el conocimiento, las innovaciones tecnológicas, la rapidez de las comunicaciones que acorta las distancias, la desruralización del propio mundo agrícola y ganadero que cada vez es más urbano (las actividades agrícolas y ganaderas se atienden hoy desde núcleos urbanos, más o menos, grandes pero de los que se pide que estén dotados con todos los servicios necesarios).

Todo ello requiere un cambio en el modelo de prestación de los servicios públicos que la sociedad demanda, cambio que debe ser llevado a cabo con la finalidad de mejorar la eficiencia y calidad de los mismos pero, según ha puesto de manifiesto la doctrina¹⁵,

¹⁴ Vid. sobre el tema del nuevo servicio público ARIÑO ORTIZ. G. “Principios de...”. Op. cit., pp. 558 a 614.

¹⁵ ARIÑO ORTIZ. G. “Principios de...”. Op. cit., p. 559 .

“sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos. Ello exige un nuevo concepto de servicio público y un nuevo modelo de regulación económica”.

Pero en el proceso privatizador del Estado del Bienestar a que conduce el nuevo modelo de gestión de los servicios públicos deben ser tenidos en cuenta necesariamente lo que ha sido denominado como “*la cuestión social y los correctivos del mercado*” que deben de actuar como límites en dicho proceso. En los procesos privatizadores se plantean problemas sociales y las transformaciones llevadas a cabo generan costes, al menos en el corto plazo: crece el desempleo, se encarece la vida, los salarios bajan, aparecen grupos marginados, las pensiones y ayudas, en ciertos casos, son insuficientes o están en el nivel de la subsistencia. Ante tal situación, como ha señalado la doctrina “todo esto no puede ignorarse y hay que atender a ello por varias razones: a) en primer lugar *por un imperativo ético*: no parecen aceptables esas tremendas desigualdades que a veces se generan tras los procesos privatizadores: mientras unos hacen grandes negocios y mucho dinero, otros caen en el abandono y la marginación; b) en segundo lugar, por una *exigencia política*: de otro modo, las tensiones que se pueden generar en algunos países pueden ser un detonante que dé al traste con la estabilidad política que las reformas económicas requieren ; y c) finalmente, por *una razón también económica*: la calidad de los recursos humanos, la mejora de las condiciones laborales son condición necesaria para aumentar la productividad y la capacidad de competir internacionalmente. Ahora bien, ello requiere un mayor gasto, básicamente en tres campos: educación, salud y protección social. Y es que, en definitiva, el sostenimiento económico requiere, al mismo tiempo, para ser duradero, el progreso social. Todo esto, obviamente, no es algo que se pueda hacer en pocos meses; requerirá tiempo, pero hay que empezar y la gente tiene que saber que se está en ello (...) El Estado liberal no puede desentenderse de las necesidades de las gentes, que necesitan un poco de humanidad, de justicia y compasión, cualquiera que sean las *culpas* –por llamarlo así- de los necesitados. En el actual estado de nuestra civilización, no se puede aceptar la miseria, el abandono, la marginación e inseguridad en las calles, al tiempo que se producen fenómenos de rápido enriquecimiento –y aún de opulencia- en las capas altas de la sociedad”¹⁶.

Por lo que a España se refiere es, además, decisivo tener en cuenta otra circunstancia cual es nuestra pertenencia a la Unión Europea cuya normativa se erige sobre la base del ejercicio de cuatro libertades: de comercio de productos, de circulación de capitales, laboral, y de establecimiento y prestación de servicios. El desarrollo normativo de tales libertades ha supuesto la necesidad de eliminar los monopolios comerciales que afectaban a los sectores de la energía (electricidad, petróleo, gas), transporte, telecomunicaciones, abastecimiento de agua, servicios urbanos, financiero, etc.

La transición al nuevo modelo de servicio público, como ha sido señalado, “consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derecho de exclusiva, obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de empresa, esto es, libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (se trata de un servicio de interés general, esencial para las gentes), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión

¹⁶ ARIÑO ORTIZ. G. “Principios de...”. Op. cit., pp. 484 y 485.

y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos. Por supuesto, en este segundo modelo no hay reserva de titularidad a favor del Estado sobre la actividad de que se trate. Por lo tanto el cambio fundamental es que se produce la *despublicatio*: las actividades del nuevo servicio público ya no son de titularidad estatal sino privada. Ahora bien, dichas actividades son todavía de *responsabilidad estatal* en la medida que sus prestaciones en un determinado nivel deben llegar a todo sus ciudadanos (el servicio universal). Y en dicha medida puede ser necesaria la financiación estatal”¹⁷.

El nuevo modelo de prestación de servicios públicos no elimina la regulación pero implica un planteamiento de esta orientada para favorecer la competencia y el mercado. En el anterior modelo el regulador sustituía al mercado, en el nuevo la regulación tratará de promover la competencia y su fin principal no será tanto el de controlar a las empresas como el proteger a la sociedad para garantizar la prestación de servicios que se estimen esenciales para su bienestar y desarrollo. Ello implicará que la regulación intente, por un lado, garantizar la prestación del servicio en cuestión y, por otro, precisar los adecuados niveles en la relación calidad-precio. La regulación estará justificada si para la consecución de tales fines resulta necesario intervenir en la actividad.

Lo anterior implica que la regulación no desaparecerá. Como ha señalado la doctrina, “en el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando aquella no existe) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural (...) Así pues, la regulación siempre será necesaria pero debe ser solo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado. La regulación promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende pero no lo sustituye. La peor tentación del regulador es convertirse en un *gestor en la sombra*... Como toda restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición de los particulares, será siempre necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos. También se justifica cuando hay intereses públicos, comunes, superiores, que no pueden verse satisfechos por la actuación del mercado: son bienes extra-mercado”¹⁸.

Los supuestos en los que suele quedar justificada la regulación son los siguientes: a) existencia de *externalidades*, cuando se producen efectos negativos sobre terceros que el mercado no puede ajustar; b) cuando se produce una situación de *poder sobre el mercado*, que conlleva que la competencia sea nula o ficticia (el caso extremo sería la situación de monopolio natural); c) existencia de *información asimétrica*, cuando las partes contratante están en situación de desigualdad al contratar; y d) casos de *competencia destructiva*, cuando la entrada de nuevos operadores fuerzan a otros a abandonar el mercado dejando grandes inversiones no recuperables (ej. empresas eléctricas), o cuando algunos operadores plantean condiciones de oferta que otros no pueden soportar (ej. grandes superficies y pequeño comercio).

En España esta actividad de remodelación de los servicios públicos, con mayor o menor amplitud según los casos, ha afectado a los siguientes sectores:

¹⁷ ARIÑO ORTIZ. G. “Principios de...”. Op. cit., pp. 568 y 569.

¹⁸ ARIÑO ORTIZ. G. “Principios de...”. Op. cit., pp. 564 y 565.

- *Energía*: la *Electricidad*, Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y R.D. Ley 6/2000 de Medidas de Intensificación de la Competencia, y el *Gas*: Ley 34/98, de 7 de octubre), del Sector de Hidrocarburos, y R.D. Ley antes citado.

- *Telecomunicaciones*: (excluidas la radiodifusión y la televisión, salvo las infraestructuras de red): Ley 11/98, de 14 de abril, General de las Telecomunicaciones y RR.DD.Leyes de 16/4/99, 15/10/99 y 23/6/2000.

- *Agua*: Ley 46/99, de 13 de diciembre, que modifica la Ley 29/85, de 2 de agosto, de Aguas, reforma que ha sido considerada insuficiente por un sector de la doctrina¹⁹,

- *Transporte*: (*marítimo*: de cabotaje regular, Ley 27/92, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; *aéreo*: liberalización producida a consecuencia de las Directivas Comunitarias; terrestre: ferroviario y por carretera).

- *Audiovisual*: *Televisión digital vía satélite*, Ley 37/95, de 13 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, Reglamento Técnico aprobado por R.D. 136/97 de 31 de enero, y Ley 17/97, de 3 de mayo; *Televisión por cable*, Ley 42/95, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable (que todavía considera la TV por cable como “servicio público”), declarada en vigor en cuanto a los servicios de televisión por la Ley General de Telecomunicaciones de 1998; *televisión digital terrenal*, D. Adic. 40ª de la Ley 66/97, de 30 de diciembre (de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales) y R.D. 2169/98 que aprueba el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrenal, actividad que ha sido declarada de titularidad pública.

- *Servicios Postales*: Ley 24/98, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales.

B. Intervención en la ordenación y supervisión de determinados sectores económicos

a. Introducción

Pero además, según antes se indicó, la intervención del Estado en la Economía no solo se manifiesta en su participación directa en la gestión de los servicios calificados como públicos, cuya titularidad ha tenido reservada, y cuya prestación se ha llevado a cabo en muchas ocasiones en régimen de monopolio, modelo que se encuentra en proceso de revisión. También puede intervenir el Estado en la actividad económica regulando determinadas actividades, cuya gestión corresponde a empresas privadas, y estableciendo su ordenación, supervisión e inspección para garantizar el cumplimiento de la normativa aplicable y de los fines que dan justificación a la misma. La expresión más patente de este modelo de intervención, y también en muchos casos la más antigua, corresponde a las regulaciones que afectan a las distintas actividades que se suelen englobar en el Sector Financiero: Seguros, Banca y Mercados Financieros, cuya actividad ha estado tradicionalmente en manos del sector privado, con independencia de que en determinados momentos el Estado se haya hecho presente en los mismos mediante empresas de naturaleza o participación públicas.

¹⁹ ARIÑO ORTIZ. G. “Principios de...”. Op. cit., p. 825.

b. Sector del seguro privado

Por lo que afecta al Sector del Seguro Privado, no nos extenderemos en este momento ya que posteriormente desarrollaremos más extensamente su evolución legislativa, enmarcada en el contenido del presente trabajo cuyo objeto principal estará dedicado a exponer las normas de ordenación y supervisión del Sector en lo que atañe, principalmente, a los objetivos relacionados directa o indirectamente con la solvencia de las entidades. Baste ahora indicar los primeros antecedentes legislativos contenidos en la Ley de 28 de enero de 1848²⁰ y su Reglamento de 17 de febrero del mismo año²¹ que regularon las sociedades por acciones, aplicables a las aseguradoras de esta naturaleza; la Real Orden de 18 de diciembre de 1857²² que fijó atribuciones de los delegados del Gobierno cerca de las Sociedades de Seguros Mutuos, disposición, que fue derogada a causa de la revolución liberal de 1868²³; las Leyes de Presupuestos de 1893 (art. 32), y de 1895 (art.º 43) y la Instrucción adicional de 21 de enero de 1896; y, fundamentalmente, la Ley de 14 de Mayo de 1908 sobre Registro e Inspección de las Empresas de Seguros, su Reglamento provisional de 26 de julio de 1908 y el definitivo de 2 de febrero de 1912, que haciéndose eco de las regulaciones que comenzaban a aparecer en los países occidentales, constituyeron la primera manifestación de regulación completa ordenadora de la actividad del Sector Asegurador privado. Las leyes posteriores de 16/12/1954 sobre Ordenación de los Seguros Privados, de 2/8/1984 sobre Ordenación del Seguro Privado y la de 8/11/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, han ido actualizando la regulación ordenadora del Sector a lo largo de su ya dilatada historia, siendo de especial importancia las reformas que ha sido necesario introducir en la misma a consecuencia de la incorporación a nuestro Ordenamiento de las Directiva Comunitarias relativas a la materia

c. Sector de entidades de crédito

Por lo que se refiere al Sector del Crédito²⁴ debemos distinguir, en cuanto a los orígenes de la regulación, entre la regulación relativa a las Cajas de Ahorro y la concerniente a la Banca Privada.

En lo que concierne a las *Cajas de Ahorro* podemos citar:

- El Real Decreto de 29/6/1853, que las califica como “establecimientos municipales de *beneficencia*”, que realizan una actividad de “servicio público” y su administración estaba desempeñada por autoridades públicas. Posteriormente con la Ley de 29/6/1880, en un proceso de privatización de la *beneficencia*, la autoridad pública nombraba los administradores pero interviniendo en la administración de las Cajas solo en situaciones límite.

- El Real Decreto-Ley de 9 de abril de 1926 creó en la Inspección Mercantil y de Seguros (del entonces Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria) un Registro e Inspección de las entidades de “ahorro, capitalización y similares”. Dicha norma prohibía

²⁰ Colección Legislativa de España. Primer Cuatrimestre de 1848. Tomo XLIII, pp. 51 a 54.

²¹ Colección Legislativa de España. Primer Cuatrimestre de 1848. Tomo XLIII, pp 100 a 109.

²² Colección Legislativa de España. Cuarto Trimestre de 1857. Tomo LXXIV, pp. 296 a 298.

²³ SANCHEZ CALERO. Fernando. “*Curso de Derecho del Seguro Privado*”, p. 26. Ediciones Nauta. Bilbao. 1961.

²⁴ Vid. GAMERO CASADO, Eduardo. “*La intervención de empresas*”. pp. 39 a 46. M. Pons. Madrid 1996

el establecimiento y funcionamiento, sin la previa inscripción en el Registro Especial, “de Cajas de Ahorro y de Capitalización y similares (...) y de toda clase (...) de Empresas (...) y entidades...que reciban dinero para invertirlo, repartirlo, administrarlo o acumularlo con fines similares a los antes expresados” (adquisición o formación de capitales por imposiciones únicas o periódicas, con interés o sin él, y cuentas de ahorro y de acumulación de capitales, con interés fijo o variable) (artº 2 del R. D.-Ley). Según ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, “el propósito de este Decreto-Ley fue extender a las entidades de ahorro el régimen de tutela y vigilancia que para las entidades de seguros había establecido la Ley de 14 de mayo de 1908. Sin duda alguna que el propósito es digno de todo elogio, pero la disposición fue demasiado rigorista al someter a una misma disciplina a entidades muy diferentes comprendidas bajo la denominación genérica de *ahorro*, lo cual dio lugar a la publicación del Decreto-ley que a continuación se menciona”²⁵.

- Más adelante el Real Decreto-Ley 2532/1929, de 21 de noviembre, aprueba el Régimen del Ahorro Popular, con un Estatuto del Ahorro Popular común y dos “Estatutos Especiales” uno para las “Cajas Generales de Ahorro Popular” (y otro para las “Entidades Particulares de Ahorro, Capitalización y similares”), separando la regulación de ambos tipos de entidades. Se consideraban como Cajas Generales de Ahorro popular, las de patronato o protectorado oficiales, con o sin Monte de Piedad, las colaboradoras del Instituto Nacional de Previsión, las Provinciales y las Municipales” (artº 2 del Estatuto común).

- El Estatuto para la Cajas Generales de Ahorro estuvo vigente hasta la publicación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito²⁶, cuya regulación en la materia concreta de la intervención del Estado en la gestión ordinaria de la empresa ha sido considerado por un sector de la doctrina como “un instrumento normativo en extremo rudimentario y de desoladora pobreza, plagado de flecos y lagunas, que supone incluso un paso atrás respecto a la legislación que en otra épocas se ha disfrutado en nuestro ordenamiento sobre la intervención de empresas en el sector bancario”, (refiriéndose al Estatuto de 1929)²⁷.

Por lo que se refiere a la *Banca Privada* la situación es algo diferente en sus inicios, y entre los hitos legislativos más importantes pueden señalarse los siguientes.

- Se ha puesto de manifiesto, que con excepción de la legislación promulgada desde 1829 a 1856 (y especialmente las leyes de 28 de enero de este último año), que estuvo en

²⁵ DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. “*Derecho Español de Seguros*”. Tomo I. Parte General, p.234. 3ª Edición. Madrid 1983

²⁶ El Estatuto Especial para las Entidades particulares de Ahorro, Capitalización y similares, estuvo vigente hasta la Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre entidades particulares de capitalización y ahorro, que estableció una regulación completa de tales entidades, y distinguía entre Entidades de Ahorro Particular y Entidades de Capitalización. Por R.D. Ley 11/1981, de 20 de agosto, se prohibió la creación de más entidades de Ahorro Particular, obligándose a las existentes a optar entre disolverse o convertirse en Entidades de Capitalización, exclusivamente, o de cualquier otro objeto de lícito comercio. Por lo que se refiere a las Entidades de Capitalización, la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984, su D.F. 3º dispuso la inscripción de oficio en el Registro Especial de Entidades Aseguradoras, como entidades dedicadas al seguro de vida, y su D. Derogatoria 1,f) derogó los preceptos de la Ley de 1955 relativos a la capitalización, dejando en vigor los referentes a las Entidades de Ahorro Particular hasta tanto transcurriera el plazo establecido por el artº 2º del R.D. Ley de 1981 antes indicado.

²⁷ GAMERO CASADO, E. Op. cit. p. 359.

vigor hasta 1869²⁸, la tónica general fue la de una total liberalización hasta bien entrado el siglo XX.

- Posteriormente surgen la Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921, y el Decreto de 2 de marzo de 1938 y la Ley de 27 de marzo del mismo año, normas estas dos últimas influenciadas por la situación de crisis bélica, en las que ya aparece por primera vez la posibilidad de intervenir una empresa bancaria.

- La Ley de Ordenación bancaria de 31 de diciembre de 1946, que “perseguía la finalidad primordial de resolver el importante problema que se planteaba al Estado español al terminar, en 31 de diciembre de 1946, el privilegio de emisión de billetes concedido al Banco de España”, pero el legislador aprovechó la circunstancia para dictar una ley de contenido más amplio, en la que se recogían también “...las normas fundamentales sobre la política del crédito y sobre la organización y régimen del instituto emisor, de los demás Bancos oficiales y de la Banca privada en general”²⁹. Esta Ley configuraba la intervención de empresas como una medida sancionadora y no incorporó a su texto las previsiones contenidas sobre la materia por la Ley de 27 de agosto de 1938.

- La Ley de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca de 14 de abril de 1962, que fue desarrollada por un amplio número de Decretos Leyes.

- El R. D. Ley 5/1978, de 6 de junio, cuya finalidad fundamental fue la de establecer un mecanismo de intervención de las entidades bancarias a raíz de la crisis desatada en el sector en los años 1978 a 1985, iniciada por el Banco de Navarra en 1978, ya que las previsiones sobre la materia del artº 57 de la Ley de Ordenación de 1946 eran extremadamente insuficientes³⁰.

- La Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito recoge, entre otros aspectos, la experiencia del R.D. Ley de 1978 en lo relativo a la intervención de entidades. De conformidad con lo previsto por el artº 1 de la Ley, que remite al artº 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, se consideran Entidades de Crédito: a) el Instituto de Crédito Oficial y las Entidades Oficiales de Crédito; b) los Bancos privados, c) las Cajas de Ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y la Caja Postal de Ahorros; d) las Cooperativas de Crédito; e) las Sociedades de

²⁸ En dicha legislación, “se entendía la actividad bancaria como de naturaleza concesional, a pesar de lo cual no le fueron aplicadas a las empresas bancarias las técnicas de mantenimiento de los servicios públicos (...) Si se dispuso en cualquier caso la presencia de un Gobernador en el Banco de España y de un Comisario regio en el resto de los bancos, velando este último por la liquidez del banco en que se encontrase. También existía la posibilidad de que, reducido el capital de un banco a la mitad, las Cortes Generales decidiesen las condiciones en que debería continuar su actividad, o bien imponer su disolución o liquidación”. FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. “Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva”, en *“Libro homenaje al profesor Villar Palasí*, pp. 401 y ss. Civitas. Madrid 1989. (Citado en GAMERO CASADO, E. Op. cit. p. 43. Nota 67.

²⁹ GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I. 5ª edición, p. 63. Madrid 1968.

³⁰ No obstante un sector de la doctrina ha sostenido que la Ley de 27 de agosto de 1938 se encontraba vigente pues no había sido derogada por la de Ordenación de 1946 y que, no obstante, no se quiso aplicar durante la crisis por el “vicio político” que aquejaba a la norma. (Vid. GAMERO CASADO, E. Op. cit. p. 45. Nota 75, párr. 2º, en que cita la opinión al respecto de FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R. “Los poderes...”. Op. cit. p. 409, y JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ. A. Comentarios a los arts. 31 a 38 y a la D. A. 1ª de la Ley 26/1988, (comentario al artº 31) en *“Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito”*, p. 119. CECA. Madrid 1991.

Crédito Hipotecario; f) las Entidades de Financiación; g) las Sociedades de Arrendamiento Financiero; y, -h) las Sociedades Mediadoras del Mercado del Dinero. Naturalmente de dicha relación habría que eliminar aquellas entidades que con posterioridad a dicha norma han abandonado la esfera pública a consecuencia de los procesos privatizadores llevados a cabo en los últimos años (Caja Postal, Bancos oficiales, etc).

d. Mercados de valores

En este aspecto es fundamental la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, reformada por la ley 37/1998, de 16 de noviembre. Esta Ley regula las operaciones llevadas a cabo en los mercados de valores, la Organización y funciones de su Órgano de Control (la Comisión Nacional del Mercado de Valores), la estructura del Mercado primario de valores y de los secundarios oficiales (Bolsas, mercado de deuda pública en anotaciones, mercado de futuros y opciones, y ofertas públicas de adquisición y venta de valores), las condiciones de acceso, ejercicio y revocación de las Empresas de Servicios de Inversión (sociedades de valores, agencias de valores y sociedades gestoras de carteras), el Fondo de Garantía de Inversiones, las normas de conducta a seguir por todos los operadores, el régimen de supervisión, inspección y sanción, y el régimen fiscal de las operaciones sobre valores.

Según el artº 84.1 de la Ley quedan sujetas a la misma y al régimen de supervisión, inspección y sanción de la Comisión:

- a) Los organismos rectores de los mercados secundarios, oficiales o no, con la excepción del Banco de España;
- b) El Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, la Sociedad de Bolsas, y las sociedades que tengan la titularidad de todas las acciones de organismos previstos en la letra a), así como otros Organismos de compensación y liquidación que puedan crearse al amparo de la Ley;
- c) Las Empresas de Servicios de Inversión españolas; d) La Empresas de Servicios de Inversión no comunitarias que operen en España;
- e) Las Entidades que, sin ser Empresas de Servicios de Inversión sean autorizadas para realizar determinadas operaciones de las que practican estas últimas;
- f) Los Apoderados y Agentes de las Empresas de Servicios de Inversión;
- g) Las Sociedades Gestoras de los Fondos de Garantía de Inversiones;
- h) Quienes sin estar incluidos en la relación anterior ostenten la condición de miembro de un mercado secundario o de la entidad que compense y liquide sus acciones.

A todas las entidades incluidas en las letras a) a g) anteriores, les será de aplicación lo dispuesto en el Título III de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, siendo la Comisión la competente para acordar las medidas de intervención o sustitución de administradores.

Además, se encuentran también sometidos a la misma supervisión, inspección y potestad sancionadora, en cuanto a sus actuaciones relacionadas con el Mercado de Valores (artº 84.2 de la Ley):

- a) Los emisores de valores;
- b) Las entidades de crédito;

c) Las Empresas de Servicios de Inversión autorizadas en otro Estado de la Unión Europea que operen en España;

d) Las restantes personas físicas o jurídicas, en cuanto puedan verse afectadas por las normas de dicha Ley y sus disposiciones de desarrollo.

1.4.2. El seguro privado y el ordenamiento constitucional

A. Seguridad Social y Seguro Privado: el artº 41 de la Constitución y los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52 de la Constitución)

El artº 41 de la Constitución establece que “*los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”.

Lo anterior implica el reconocimiento de dos regímenes jurídicos asegurativos y prestacionales. Uno el de la Seguridad Social Obligatoria y otro el de la “asistencia y prestaciones complementarias” que, aunque no se diga expresamente, estimamos que corresponde a las coberturas garantizadas por el Seguro Privado. El ámbito de prestaciones de la Seguridad Social ha sido desarrollado por la Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto Refundido fue aprobado por el R. D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Con la publicación de esta Ley queda delimitado substantivamente el sistema de la Seguridad Social Obligatoria, con lo cual las prestaciones y coberturas que complementen las garantizadas por dicho sistema y, con mayor motivo, las que no tengan relación con el mismo, podrán ser llevadas a cabo por el Seguro Privado. La propia Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995 establece que “*quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación*” de la misma “*el Régimen General y los Regímenes Especiales que integran el sistema de la Seguridad Social obligatoria*”.

Como ha señalado la doctrina, el Derecho del Seguro Privado y el Derecho de la Seguridad Social mantienen una relación de *conexión* que arranca de citado artº 41 de la Constitución, ya que es en el nivel complementario de las prestaciones donde entran en funcionamiento las técnicas y mecanismos característicos del Seguro Privado que incluye, en sentido amplio, los Fondos de Pensiones. También se hace patente la conexión en otras situaciones de colaboración tales como los posibles *conciertos* de Entidades aseguradoras con Organismos de la Seguridad Social que tengan encomendada la gestión de Regímenes Especiales de la Seguridad Social, tal y como prevé la D. Adicional 12ª, 2 de la Ley de Ordenación de 1995. Por ello ha podido decirse que “*el Derecho del Seguro Privado y el Derecho de la Seguridad Social no son compartimentos estancos, sino que son conjuntos normativos bien diferenciados que, sin embargo y desde el punto de vista de sus funciones económicas, aparecen como vasos comunicantes puesto que es evidente que, a la vista de una exigencia de protección social dada, la parte no cubierta por la Seguridad Social pública podrá ser atendida por mecanismos típicos regulados en el Derecho del Seguro Privado*”³¹.

Pero, además, en cuanto se refiere a los principios rectores de la política social y económica contenidos en la Constitución, ha sido señalado un “evidente paralelismo” entre

³¹ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. “Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones”, pp. 17 y 17. Cálamo. Barcelona 2001.

los objetivos materiales de estos últimos y los habituales objetivos o campos de cobertura del Seguro Privado ya que éste “con independencia de coadyuvar al desarrollo de las grandes actividades económicas, la actividad aseguradora se proyecta sobre aquellas cosas o pertenencias que configuran el entorno material privativo del hombre contemporáneo (...) y de modo muy particular sobre su persona y familia (vida, accidente, enfermedad, desempleo, salud, previsión social, etc.). El Seguro, por lo tanto ha contribuido a fortalecer la posición del hombre ante la sociedad y los avances de la civilización, ha transformado profundamente con su difusión las bases de la responsabilidad civil en las relaciones interhumanas y con las cosas, y se ha anticipado a los poderes públicos en la cobertura de los riesgos e infortunios humanos a través de la técnica de la solidaridad mercantil y mecanicista, pero en última instancia solidaridad, y por ello merece ser considerado como una técnica de socialización al servicio del hombre”; y por todo ello puede considerarse que si se examinan los principios rectores de la política social y económica, antes referidos, puede observarse que la mayoría de ellos puede encuadrarse bajo la técnica del seguro Privado: protección a la familia y a la infancia (artº 39, formación profesional, seguridad e higiene en el trabajo, descanso, vacaciones (artº 40), protección a la salud (artº 45), atención a los disminuidos físicos (artº 49), pensiones y servicios sociales a la tercera edad (artº 50), etc.³².

B. El principio de libertad de empresa y la intervención del Estado en el Sector Asegurador.

Dicho principio viene expresado en el artº 38 de la Constitución, el cual establece que “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado*. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Enmarcada en la Título primero (De los derechos y deberes fundamentales), Capítulo II (Derechos y libertades), Sección 2ª (De los derechos y deberes de los ciudadanos), la libertad de empresa constituye un auténtico derecho subjetivo cuyo “contenido esencial”, no ha sido delimitado todavía por el Tribunal Constitucional, delimitación que debe constituir la garantía de un contenido que el legislador no podría traspasar sin incurrir en inconstitucionalidad y cuya ausencia ha sido criticada por la doctrina. Tal contenido esencial vendría dado por la *libertad de creación* de empresas y de acceso al mercado; la *libertad de organización* (de elección de nombre, de emplazamiento, de forma de organización y de composición de los órganos de dirección); y por la *libertad de dirección* (de producción, de inversión, de política comercial, de precios, de competencia leal y de contratación)³³.

Por lo que se refiere al intervencionismo del Estado en la Economía, cabe distinguir tres tipos de regulación:

1) *Regulación básica y general, pública y privada de la vida social y económica* (constituida por las normas que regulan con carácter general la vida social y privada: Códigos Civil, Penal y de Comercio; leyes mercantiles, fiscales, laborales, procesales).

³² BASSOLS COMA, Martín. “Los principios económicos de la Constitución y la ordenación del seguro privado”, en “Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado”, Tomo I, p. p. 89 y 90. CUNEF. Madrid 1988.

³³ Vid. ARIÑO ORTIZ. G. “Principios de...”. Op. cit., pp. 219 a 221 y 229 a 232.

2) *Regulación administrativa general de policía y buen gobierno* (constituida por aquel conjunto de normas que limitan el ejercicio de los derechos para hacerlos compatibles con los de los demás: seguridad, salubridad, tráfico, policía, protección de la naturaleza, etc. El mecanismo de intervención típico es la concesión de autorización, licencia o permiso, que es de naturaleza reglada, sin que quepa apreciación discrecional alguna).

3) *Regulación económica en sentido estricto* (se utiliza en actividades relevantes en la vida social o para corregir fallos del mercado, adquiriendo la naturaleza de “servicios públicos”. La fórmula de intervención en este caso es la de autorización conformadora y discrecional y la concesión administrativa.

A los indicados tipos de regulación corresponderían diferentes tipos de actividad. Así a los tipos de regulación *básica y administrativa general* (num. 1 y 2) correspondería las denominadas *actividades libres*, en las que la libertad de empresa adquiere su máxima expresión, mientras que a la *situación de regulación económica* (nº 3), le correspondería tres posibles tipos de actividad diferentes, en función de la intensidad de la intervención: a) *actividades reglamentadas*, en las que se imponen obligaciones que afectan a la actividad pero no se establecen precios ni cantidades (farmacias, hospitales privados, centros educativos privados, banca, etc); b) actividades que han sido expresamente declaradas *servicio público* solo se accede por concesión, a veces en situación de monopolio, y la Administración, que es quien ostenta la titularidad, reglamenta el servicio, las tarifas, las modalidades, etc); y c) *nacionalización* de la actividad: en ella la gestión de la actividad es pública.

La actividad aseguradora quedaría encuadrada dentro de la *regulación económica*, como *actividad reglamentada*, al igual que el resto de las actividades financieras de crédito y mercado de valores.

Por lo que se refiere a la habilitación constitucional para la regulación económica del sector asegurador, conviene comenzar resaltando que el principio informador de la Ley de Ordenación de 1995, al igual que en la de 1984, se expresa en su Exposición de Motivos en los siguientes términos:

“La legislación reguladora del seguro privado constituye una unidad institucional que, integrada por normas de Derecho privado y de Derecho público, se ha caracterizado, en este último ámbito, por su misión tutelar en favor de los asegurados y beneficiarios amparados por un contrato de seguro. En efecto, que el contrato de seguro suponga el cambio de una prestación presente y cierta (prima) por otra futura e incierta (indemnización), exige garantizar la efectividad de la indemnización cuando eventualmente se produzca el siniestro. Es este interés público el que justifica la ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras por la Administración Pública al objeto de comprobar que mantienen una situación de solvencia suficiente para cumplir su objeto social”.

“La ordenación y supervisión estatal, que reclaman la unidad de mercado y los principios de división y dispersión de los riesgos, tiene lugar mediante el sistema de autorización administrativa de vínculo permanente, en virtud de la cual se examinan los requisitos financieros, técnicos y profesionales precisos para acceder al mercado asegurador; se controlan las garantías financieras y el cumplimiento de las normas de

contrato de seguro y actuariales durante su actuación en dicho mercado; y, finalmente, se determinan las medidas de intervención sobre las entidades aseguradoras que no ajusten su actuación a dichas normas pudiendo llegar, incluso, a la revocación de la autorización administrativa concedida o la disolución de la entidad aseguradora cuando carezcan de las exigencias mínimas para mantenerse en el mercado”.

“Este esquema normativo de control de solvencia y protección del asegurado es de aplicación general, y a él se ajustan la casi totalidad de los Estados de economía libre”.

Como ya señaló la doctrina en su día, es el “interés público” de la protección de los asegurados el presupuesto que legitima el control sobre las entidades aseguradoras, con el fin de que estas puedan mantener el estado de solvencia adecuado que permita cumplir dicho objetivo de interés público y de utilidad social. Así se ha señalado que “en este orden de consideraciones, las directrices enunciadas en el artículo 38 de la Constitución sobre garantía y protección del ejercicio del derecho de libertad de empresa por los poderes públicos y “defensa de la productividad” se ofrecen como parámetros legitimadores de los concretos mecanismos de intervención”: autorización previa conformadora y de vínculo permanente; formas sociales determinadas; capitales mínimos; provisiones técnicas, margen de solvencia y fondo de garantía, condiciones de los administradores y directivos, posibilidad de intervención de las empresas, medidas de control especial, medidas sancionadoras, etc.³⁴. Pensamos que también legitima dicha intervención la matización de que la defensa y protección del citado derecho se llevará a cabo “de acuerdo con las exigencias de la economía general”, y en este caso una de dichas exigencias vendría dada por la necesidad de conseguir la *unidad de mercado* y la aplicación de los *principios de división y dispersión de los riesgos*, como garantía de que los análisis estadísticos de la actividad se puedan realizar sobre el mayor número de riesgos posibles, evitando la fragmentación de los mercados.

Por último, para terminar este apartado, haremos una breve referencia a que la posibilidad que contempla la Ley de Ordenación de que las entidades puedan ser intervenidas bien en su liquidación (artº 27.2.a) o bien para garantizar el correcto cumplimiento de las medidas de control especial impuestas (artº 39.3), tiene su cobertura constitucional en las previsiones del artº 128.2 el cual dispone que “*mediante ley se podrá...acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*”, exigencia de interés general que estimamos suficientemente justificada con lo argumentos anteriormente expuestos referidos al “interés público” que radica en la defensa de los derechos de los asegurados.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTROL Y LA SUPERVISIÓN ESTATAL EN EL SEGURO PRIVADO.

Los antecedentes normativos de la actual legislación reguladora de la ordenación y supervisión de los Seguros Privados son cuantiosos y de una larga tradición en nuestro Ordenamiento. Nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo II del presente trabajo, en el que se analiza la evolución de la legislación española en materia de control del seguro privado. Sí interesa resaltar en este momento que, con independencia de regulaciones parciales, a las que se hace referencia en el indicado Capítulo, la Ley de 14 de mayo de 1908 no solo contenía una completa regulación sectorial, sino que, en nuestra opinión, fue

³⁴ Vid. BASSOLS COMA, Martín. “Los principios económicos...”. Op. cit. p. 97.

la primera manifestación de control de un sector de la economía dentro de lo que hoy consideramos como Áreas o sectores financieros.

3. JUSTIFICACIÓN DE LA SUPERVISIÓN.

3.1. Protección de los intereses de tomadores, asegurados, beneficiarios y, en su caso, terceros perjudicados

Conviene introducirse en el tema indicando que al contratar una póliza de seguro lo que los asegurados adquieren es una promesa plasmada en un contrato de adhesión, es decir, un conjunto de condiciones hechas solamente por una de las partes, al que la otra presta su conformidad. En muchos casos, la parte que se adhiere -el tomador/asegurado- no conoce muy bien el contrato, sus consecuencias, ni la interpretación de sus cláusulas, por lo que podría suscribir, sin saberlo, un compromiso contrario a sus intereses o, simplemente, no adecuado a sus necesidades.

Cuando alguien compra un producto industrial recibe algo tangible a cambio de su dinero, algo cuya calidad se puede percibir por medio de la observación y, si es necesario, mediante prueba.

Sin embargo, cuando se paga un seguro, se obtiene a cambio una promesa. Una promesa de que “si ocurre” algo (el siniestro), y “cuando ocurra”, es cuando se genera el derecho a la indemnización. Al pagarse por adelantado es necesario que los asegurados tengan la garantía de que el uso que se va a hacer de las primas que pagan es técnicamente correcto y de que se va a crear un fondo o reserva que garantice la posible prestación futura del servicio contratado.

El seguro es un servicio cuyo precio se determina en función de elementos desconocidos en el momento de fijarlo; por lo tanto, existe el riesgo de que sea insuficiente y ponga en peligro la existencia misma de la empresa que presta el servicio, o de que sea excesivo y constituya un fraude. Por ello, aunque la responsabilidad de que el precio del seguro sea correcto recae en la propia entidad, deben existir mecanismos de comprobación de posibles desviaciones por insuficiencia técnica de las primas, para obligar a recuperar a tiempo el equilibrio técnico antes de que la situación pueda ser irreversible

Como ha sido señalado por la doctrina “el control que el Estado ejerce sobre las entidades aseguradoras responde, siempre que se mantenga en los principios y límites que le son propios, a una idea de *función o servicio* tendente a proteger. El Estado, en el ejercicio de su autoridad, se encuentra obligado a proteger a los asegurados, ya que (...) realizan entregas a las entidades aseguradoras *a priori*, adquiriendo un derecho cierto: poder exigir una pública garantía de que las entregas por ellos realizadas van a ser bien administradas, y pueden, por tanto, cumplir su objetivo: *la reparación del daño sufrido en sus bienes, personas o patrimonio*”.³⁵

³⁵ VAZQUEZ PADURA, Mercedes. “Liquidación e Intervención de empresas de Seguros”. Revista Española de Seguros., segunda época, nº 36. 1983, pp. 465 a 487.

3.2. Intereses generales de la Economía

A los objetivos de la supervisión ya mencionados de proteger los intereses de los asegurados, beneficiarios y terceros, debe unirse el de la regulación y supervisión del seguro desde el punto de vista de los intereses económicos y sociales de carácter general, que pueden contemplarse desde las siguientes perspectivas:

Primera.- Coordinación de las inversiones de las empresas de seguros con la política económica general de la Administración.

Esto tiene relación con la actividad del sector asegurador como gran inversor institucional. Las ingentes cantidades de provisiones técnicas que el sector genera deben estar necesariamente invertidas en bienes de los legalmente considerados como aptos para tales fines. Ello implica que el sector tenga una importantísima presencia en los dos mercados de inversión más importantes: el inmobiliario y el de valores mobiliarios. Por su actividad de inversión en este último el sector asegurador adquiere la cualidad de gran intermediario financiero.

Segunda.- Necesidad de impedir la salida de divisas originada por la utilización excesiva de servicios de entidades extranjeras de seguros y reaseguros, ya que la contratación de tales servicios en el exterior implica el correspondiente pago de primas que habrá de ser satisfecho en divisas.

Tercera.- Adopción y ejecución de medidas para establecer y reforzar el mercado nacional de seguros, que es reconocidamente requisito esencial para el logro del desarrollo económico nacional.

Las tres perspectivas citadas son la expresión de la importancia macroeconómica que el sector asegurador ostenta. El sector asegurador cuando cobra primas está obteniendo recursos de los demás sectores de la economía. Pero tales recursos, con excepción del margen de beneficio lógico y necesario, vuelven a ser repercutidos a dichos sectores año tras año, solo que no exactamente a todas y cada una de sus fuentes de procedencia. Dos son, principalmente, los destinos de tales recursos:

En primer lugar, debido a la actividad indemnizatoria del seguro que constituye su razón de ser, con cargo a dichas primas deben ser pagadas las indemnizaciones correspondientes a aquellos asegurados que tengan derecho a ellas. Pero, en general, sin olvido ni menoscabo del efecto beneficioso que a nivel individual existe cuando se tiene una adecuada protección aseguradora, los principales efectos socio-económicos de tales indemnizaciones son los de mantener la integridad física de las personas (ej.: seguros de salud), la capacidad de renta individual (ej.: pensiones), la integridad física y de utilidad de uso de los elementos patrimoniales afectados por los daños (ej.: reparación o sustitución de vehículos, viviendas, comercios, fabricas, y establecimientos mercantiles e industriales de todo orden, etc.), la integridad de los patrimonios individuales, frente a la aparición de deudas económicamente imprevisibles (seguros de responsabilidad civil), el mantenimiento del crédito en las operaciones comerciales internas o externas (ej.: seguros de crédito interior y a la exportación), etc. En todas estas situaciones, o bien las personas recuperan sus capacidades para seguir realizando sus actividades habituales, incluidas las laborales, o mantienen su capacidad de renta; o bien los elementos patrimoniales concretos o los patrimonios individuales en su conjunto, se mantienen con el mismo potencial de

utilidad económica. Todo ello gracias a la actividad indemnizadora del seguro que repone la situación a los mismos términos en que se encontraba antes de la ocurrencia del evento dañoso.

Pero si trascendemos el ámbito individual de cada póliza (en el que es más difícil apreciar los positivos efectos económicos generales), y nos situamos en una perspectiva macroeconómica y agregamos a escala nacional o supranacional todas y cada una de las intervenciones del seguro, vemos que, al indemnizar y reparar individualmente aquellas unidades económicas y de renta que se han visto sometidas a los eventos generadores de las indemnizaciones, lo que el seguro hace es mantener la capacidad productiva empresarial del país o ámbito territorial objeto de análisis, con lo cual se pone de manifiesto su importante y decisiva función en el desarrollo económico.

En segundo lugar hay que resaltar la gran capacidad inversora del sector asegurador pues con la parte de las primas anuales que no se destinan al pago de indemnizaciones deben adquirirse los bienes que garanticen, por un lado, las inversiones de las provisiones técnicas obligatorias y, por otro, las del patrimonio propio de las entidades no afecto a obligaciones de ningún tipo (margen de solvencia). Y en este caso el sector lo que hace es destinar recursos a otros sectores económicos financiando las actividades y manteniendo la capacidad productiva de estos últimos. No otro efecto se produce cuando se adquieren o construyen inmuebles, o se adquieren acciones, obligaciones, cédulas y demás valores de renta fija, etc.

En consecuencia, y para resumir, el sector destina las primas que recauda o bien a pagar indemnizaciones que, en su conjunto, tienen el efecto económico de mantener la capacidad de crear riqueza de las unidades económicas que componen los distintos sectores de la Economía, o financia la actividad de dichos sectores mediante su política de inversiones favoreciendo el desarrollo de éstos y de la Economía globalmente considerada. Todo ello pone de manifiesto la conveniencia y, más que conveniencia, la necesidad de que, cualquiera que sea el ámbito territorial analizado (nacional o supranacional) el sector asegurador se encuentre lo más desarrollado posible y sea lo más eficiente posible, ya que cuanto más amplio sea su ámbito de cobertura, tanto en asegurados como en oferta de productos, y más eficientemente se administren sus recursos, más y mejor podrá cumplir con sus finalidades tanto individuales como colectivas.

4. PRINCIPIOS QUE DEBEN INFORMAR LA SUPERVISIÓN. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DE LA SUPERVISIÓN

A la vista de lo expuesto en el punto anterior podemos establecer que la oportunidad y conveniencia de la supervisión estatal de la actividad aseguradora requiere que ésta se desarrolle con base en los siguientes principios:

1°. Fomento de un mercado asegurador sólido y eficaz.

2°. Dar prioridad a un enfoque de la supervisión cuyo fin principal sea el control financiero y el mantenimiento de la solvencia de las entidades, vigilando que la política de tarifas de las entidades sea técnicamente suficiente para atender las obligaciones derivadas de los contratos.

3°. Dar un trato de preferencia a la supervisión de las operaciones que afecten a los asegurados en general, las que tengan mayor contenido social y las contratadas a largo plazo.

4°. Evitar poner trabas en la normal actividad de las entidades aseguradoras, lo cual podría restringir o paralizar sus iniciativas comerciales y de gestión, y terminar afectando negativamente a la eficacia y eficiencia del mercado en su conjunto.

5°. Abarcar todas las actividades de las empresas de seguros, y muy especialmente a las que pudieran dar lugar a perjuicios o abusos para con el asegurado, o beneficio excesivo para el asegurador, sin limitarse a aspectos puramente formales.

6°. Otorgar a las autoridades de supervisión facultades de intervención suficientes para que, con las garantías legales y jurisdiccionales debidas, puedan ejercer eficazmente su cometido.

Partiendo de la base de que supervisión es la acción y efecto de supervisar, y de que toda actividad de supervisión requiere, para que ésta pueda manifestarse, la existencia de un supervisor que desarrolle la actividad supervisora sobre los sujetos supervisados, podemos definir la “supervisión” como el *conjunto de actuaciones de vigilancia, fiscalización e intervención de las entidades aseguradoras llevada a cabo por un organismo de la Administración Estatal, de acuerdo con las facultades legalmente establecidas al efecto.*

Sintéticamente, puede establecerse que la supervisión tiene las siguientes manifestaciones.

1ª. Verificar de que se cumplen los requisitos legales exigidos para el acceso al mercado (condiciones para obtener la autorización previa e inscripción en registros especiales).

2ª. Comprobar que las entidades, durante su funcionamiento, operan de acuerdo con las exigencias y requisitos legales establecidos, con una especial atención a las exigencias de solvencia (suficiencia técnica de las primas, provisiones técnicas, margen de solvencia y fondo de garantía).

3ª. Imponer medidas de corrección en situaciones de crisis (medidas de control especial, sanciones, intervención de entidades, etc.) y, en su caso, proceder a la liquidación ordenada de la entidad y su expulsión del mercado.

Dentro del conjunto de actuaciones de supervisión, ostentan una posición de crucial relevancia las actuaciones de inspección *in situ*, llevadas a cabo para comprobar directamente la situación de los sujetos sometidos a supervisión. Tales actuaciones son ejercidas por funcionarios públicos especializados y abarcarán tanto la situación legal, técnica y económica de las entidades, como las condiciones en que los sujetos sometidos a supervisión ejercen su actividad ya sea con carácter general o respecto a situaciones concretas.

Como ha sido resaltado por la doctrina, “la supervisión se concreta, pues, en dos tareas, vigilar y corregir, y en un objetivo, prevenir y consiguientemente evitar actuaciones incorrectas. Desde esta perspectiva la supervisión se sustenta en la información y se traduce en decisiones adoptadas previa evaluación de la información obtenida, dirigidas a prevenir y en su caso corregir las situaciones irregulares deducidas a partir de la información obtenida (...) se trata de una actividad de control basada en la información y datos que, acerca de su situación y evolución, suministran las propias entidades supervisadas en cumplimiento de las normas jurídicas correspondientes o, en su caso, obtienen los inspectores mediante el examen *in situ* de los estados contables y balances de la entidad”.³⁶

5. CONTENIDOS DE LA SUPERVISIÓN

Para desarrollar este punto distinguiremos entre contenidos de la supervisión relacionados con la *actividad* aseguradora en su conjunto y contenidos de la supervisión referidos a las *entidades* aseguradoras regulado en su artº 2, que también afecta a los demás sujetos incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley, y nos basaremos, principalmente, en las disposiciones establecidas por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su Capítulo VIII (competencias de ordenación y supervisión), Secciones 2ª y 3ª, artículos 70 a 77 (competencias de la Administración General del Estado y normas generales), y en el artº 24 (estatutos, pólizas, bases técnicas y tarifas) de la misma en los cuales se expresan los ámbitos fundamentales por los que transcurre la actuación de supervisión ejercida sobre el sector asegurador. En dichos preceptos, y concretamente en los artículos 70 y 71 la Ley utiliza el término “control” para referirse a la supervisión tanto de la “actividad” como de las “entidades”, término que consideramos equivalente al de supervisión.

5.1. Control de la actividad aseguradora. La Junta Consultiva de Seguros

5.1.1. Control de la actividad aseguradora

El artº 70 de la Ley, bajo la rúbrica “control de la actividad aseguradora” enuncia tres principios para el desarrollo de la actividad supervisora: uno referente al mercado asegurador, otro relativo a utilización de medios técnicos electrónicos, informáticos y telemáticos y un tercero referido al procedimiento administrativo.

Así, respecto al primero de dichos principios, (referido al mercado), el nº 1 del citado artículo dispone que “*el Ministerio de Economía (...) velará por el funcionamiento y desarrollo ordenado del mercado de seguros, fomentando la actividad aseguradora, la transparencia, el respeto y adecuación de sus instituciones, así como la correcta aplicación de los principios propios de la técnica aseguradora.*”

Este principio enlaza con la declaración del artº 1.1 de la Ley, según el cual una de las finalidades de la misma es “*facilitar la transparencia y el desarrollo del mercado de seguros y fomentar la actividad aseguradora privada*”. A tales fines, cuyo

³⁶ ANGULO RODRIGUEZ, Luis. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”, en “Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, pp. 114 y 115. AIDA-Fundación MAPFRE Estudios. Colección Estudios y Monografías. Edit. MAPFRE S.A. Madrid 1997.

cumplimiento se encomienda a la Administración supervisora, el artº 70 añade los de velar por el respeto y la adecuación de las instituciones del mercado, así como el de la correcta aplicación de los principios propios de la técnica aseguradora. Esta última manifestación de la supervisión enlaza directamente con la posibilidad de ejercer dicha supervisión sobre las bases técnicas y las tarifas utilizadas por la entidades con el fin de garantizar que las mismas cumplen con los requisitos legalmente establecidos, a los que más adelante se hará referencia.

El segundo de los principios antes indicados, (el referido a la utilización de medios técnicos), lo pone de manifiesto el nº 2 del precepto antedicho³⁷, el cual establece que *“el Ministerio de Economía (...) podrá utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus competencias de ordenación y supervisión, con las limitaciones”* establecidas por la legislación reguladora de la protección de datos personales (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales y disposiciones complementarias).

La utilización de tales medios, de acuerdo con las previsiones legales, supone que:

a) Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por los medios anteriores gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las disposiciones reguladoras del procedimiento administrativo.

b) Los procedimientos administrativos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la potestad de ordenación y supervisión por el órgano del Ministerio de Economía que la ejerza, así como la confidencialidad y seguridad de los datos de carácter personal.

c) Las entidades aseguradoras podrán relacionarse con el Ministerio de Economía y Hacienda a través de los medios técnicos a que se refiere el presente número cuando sean compatibles con los que disponga el citado Ministerio y se respeten las garantías y requisitos previstos en el procedimiento de que se trate.

Lo anterior se encuentra desarrollado por Orden Ministerial de 8 de marzo de 2002³⁸. En ella se incluyen nuevos procedimientos, trámites, sistemas normalizados y preimpresos para hacer efectivo el ejercicio de derechos, acciones y comunicaciones a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en el área de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El tercero de los principios reconocidos por el artº 70 de la Ley, (el referido al procedimiento administrativo), se manifiesta en el nº 3 de dicho artículo al establecer como norma general que *“en ausencia de normas especiales de procedimiento”* contenidas en la propia Ley, *“la Administración General del Estado ajustará su actuación a las disposiciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

³⁷ Dicho nº.2 se encuentra directamente inspirado en el artº 45 de la Ley30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que regula la “incorporación de medios técnicos en la actividad de las Administraciones Públicas.

³⁸ Orden ECO/586/2002, de 8 de marzo.

La Ley de Ordenación “además de su regulación de la materia que le es propia, pretende tener una clara y pacífica conexión con el resto del Ordenamiento Jurídico, regulando exclusivamente las especialidades que vienen exigidas por la naturaleza de la institución aseguradora que es objeto de normación y remitiendo, con carácter general, en todo aquello que no precisa una especialidad, a la normativa básica común”. Por ello, al igual que en el ámbito del Derecho Privado la Ley de Sociedades Anónimas constituye el elemento de engarce con el resto del Ordenamiento en cuanto a los aspectos societarios de las entidades, a las que se aplica subsidiariamente dicha Ley en todo aquello que no esté específicamente regulado por la de Ordenación, otro tanto ocurre, en el ámbito del Derecho Público, con la Ley de Régimen Jurídico antes citada, ya que la Ley de Ordenación se circunscribe “a las especialidades procedimentales o competenciales que sean precisas en virtud de la propia significación de la materia que regula, pero sin introducir alteraciones respecto del régimen jurídico general en tanto en cuanto las mismas no exijan especialidades procedimentales o derivadas de la supervisión”³⁹.

El artículo comentado ha sido considerado por un sector de la doctrina como “innecesario” ya que su nº 1 es “una mala paráfrasis” del artº 1.1 de la propia Ley de Ordenación, el nº 2 es una “deficiente copia” del artº 45 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y el nº 3 es “una obligada remisión por imperativo de los artículos 1º y 2º de esta última”⁴⁰. No obstante, estimamos que cabe considerar que su existencia no daña al texto legal, y sirve para ampliar y aclarar contenidos, (como es el caso del nº 1), para adaptar la norma general (caso del nº 2), o para servir de punto de conexión entre las previsiones de la Ley y las del Ordenamiento General (caso del nº3).

5.1.2. La Junta Consultiva de Seguros

Se trata de un órgano muy característico del régimen jurídico asegurador que ha estado presente en el mismo desde los comienzos de la legislación sectorial. Se incluye en este apartado sobre supervisión de la actividad, en tanto desarrolla una obligada actuación asesora en el desarrollo de determinadas normas.

La Junta Consultiva de Seguros fue creada por el artº 24 de la Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908 la cual, según dicho precepto debía tener “por principal objeto asesorar al Ministro de Hacienda sobre esta clase de asuntos”, según el tenor literal de dicho precepto. A lo largo de su existencia ha sufrido bastantes modificaciones su regulación, en cuanto a competencias y a composición⁴¹.

Actualmente su regulación básica viene dada por el artº 73 de la Ley de Ordenación y por el artº 120 de su Reglamento.

³⁹ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “Justificación de la necesidad de la Ley”, en “Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación...”. Op. cit., pp. 16 y 17.

⁴⁰ BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “Ley del Seguro Privado”, p. 350. Edit. Revista de Derecho del Seguro Privado. Madrid 1996.

⁴¹ Vid. al respecto: “Leyes y Reglamento de Seguros”, nota 16, pp. 37 y38. Edic. Góngora. Madrid 1945; DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. “Derecho Español de Seguros”, Tomo I, Parte general, pp. 350 y 351. Madrid 1983.

A. Naturaleza, adscripción y competencias

En el indicado artº 73.1 de la Ley se establece que *“en el Ministerio de Economía...funcionará la Junta Consultiva de Seguros como órgano colegiado administrativo asesor del Ministerio de Economía (...) en los asuntos concernientes a la ordenación y supervisión de los seguros privados y de planes y fondos de pensiones que se sometan a su consideración. El informe que emita no será vinculante”*.

Se trata, en consecuencia, de un órgano colegiado, consultivo y asesor del Ministerio de Economía, cuyos dictámenes e informes no son vinculantes ni, en principio, preceptivos, salvo cuando así se establece expresamente, como ocurre con la Disposición Final Segunda de la Ley que impone la *previa audiencia* de la Junta Consultiva tanto para el desarrollo de la Ley en aplicación de la potestad reglamentaria que compete al Gobierno como en la que pueda corresponder al Ministro de Hacienda para desarrollar la Ley, cuando así lo establece la misma expresamente, o cuando se trate de desarrollar los reglamentos aprobados por el Gobierno.

El ámbito de competencia de la Junta Consultiva viene dado por los asuntos que le sean sometidos a su parecer, referentes a la ordenación y supervisión de los seguros privados y de planes y fondos de pensiones, a los cuales hay que añadir los relativos a la mediación en seguros privados, que la Ley omitió y fueron incluidos por el artº 120.1. de su Reglamento

B. Composición

A tenor de lo establecido en el artº 73.2 de la Ley la Junta Consultiva de Seguros estará *“presidida por el Director General de Seguros y de ella formarán parte, como vocales de la misma, representantes de la Administración General del Estado, asegurados y consumidores, entidades aseguradoras, entidades gestoras de fondos de pensiones, mediadores de seguros titulados, organizaciones sindicales y empresariales y corporaciones de prestigio relacionadas con el seguro privado, actuarios, peritos de seguros y comisarios de averías, en la forma que reglamentariamente se determine. Además, el Presidente podrá solicitar la asistencia a la misma de otras personas o entidades según la naturaleza de los asuntos a tratar”*.

La Ley pretende que se encuentren representados en la Junta todos los sectores implicados y afectados por la ordenación y supervisión del seguro privado, de los planes y fondos de pensiones y de la mediación (Administración, asegurados y consumidores, entidades, mediadores, sindicatos, organizaciones empresariales, corporaciones de prestigio, etc.) con el fin de que la representatividad en la misma sea máxima.

La Junta está presidida por el Director General de Seguros y Fondos de Pensiones que es quien la convoca. Tanto las funciones de éste como las de la propia Junta han sido reguladas por el citado artº 120 del Reglamento, cuyo nº 6, segundo párrafo, sufrió nueva redacción por el R.D. 996/2000, de 2 de junio, que modificó determinados preceptos del Reglamento y del Plan de Contabilidad del Sector.⁴²

⁴² Reglamento de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados de 20 de noviembre de 1988: Sección 3ª
Junta Consultiva de Seguros. Art. 120 Junta Consultiva de Seguros.

1. La Junta Consultiva de Seguros es un órgano colegiado asesor del Ministerio de Economía y Hacienda en asuntos concernientes a la ordenación y supervisión de los seguros privados, planes y fondos de pensiones y mediación en seguros privados. Será convocada en los supuestos contemplados en la Ley y en aquellos otros en que así lo decida su Presidente.

2. La Junta Consultiva de Seguros tendrá atribuidas las siguientes funciones:

a) Emitir su parecer sobre las cuestiones que se sometan a su consideración. El informe final, que no tendrá carácter vinculante, contendrá el planteamiento de la cuestión sometida a consulta, las observaciones formuladas por los distintos vocales, la contestación de los representantes del Ministerio a las observaciones formuladas y la posición de la Junta sobre la cuestión consultada, con mención de los votos favorables, de las abstenciones, de los votos contrarios y, en su caso, de los votos particulares.

b) Realizar cuantos estudios e informes le sean solicitados por su Presidente.

c) Formular recomendaciones generales o de carácter particular.

3. La Junta Consultiva de Seguros será presidida por el Director General de Seguros, a quien competen, entre otras, las siguientes funciones:

a) Representar a dicho órgano consultivo.

b) Acordar su convocatoria.

c) Fijar el orden del día, moderar el desarrollo de las sesiones y suspenderlas, en su caso.

d) Visar las actas.

e) Solicitar la participación de aquellas personas, entidades y organizaciones que considere conveniente.

f) Señalar los plazos para la presentación de observaciones y votos particulares por los vocales.

g) Designar comisiones de trabajo para asuntos concretos.

4. El Vicepresidente de la Junta Consultiva de Seguros será el Subdirector general de Seguros y Política Legislativa de la Dirección General de Seguros, a quien compete sustituir al Presidente en caso de vacante, ausencia o enfermedad de éste.

5. Asimismo, la Junta Consultiva de Seguros contará con un Secretario nombrado por el Director General de Seguros, que ejercerá las funciones propias de tal cargo. Se designará entre funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado con destino en la Dirección General de Seguros.

En caso de ausencia o enfermedad, el Secretario será sustituido por la persona que al efecto designe el Presidente de la Junta Consultiva.

6. Serán Vocales, el Secretario general técnico del Ministerio de Economía y Hacienda, así como los Subdirectores Generales de la Dirección General de Seguros y el Abogado del Estado en dicho centro directivo.

A propuesta del Director general de Seguros, previa consulta de las asociaciones e instituciones más representativas en cada caso, serán nombrados cuatro vocales designados en representación de las entidades aseguradoras, dos en representación de las entidades gestoras de fondos de pensiones, dos en representación de los mediadores de seguros titulados, uno en representación de corporaciones de prestigio relacionadas con el seguro privado, uno en representación de los actuarios de seguros, uno en nombre de los peritos de seguros y comisarios de averías, dos representantes de organizaciones sindicales y uno en representación del Consejo General de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España.

El Ministro de Justicia propondrá el nombramiento de un vocal; asimismo, el Ministro de Educación y Cultura propondrá el nombramiento de un vocal que recaerá en un catedrático de universidad en materia mercantil.

El Ministro de Sanidad y Consumo propondrá la designación de dos vocales, en representación de los consumidores.

Todos los vocales serán designados por el Ministro de Economía y Hacienda.

7. Corresponderá a los vocales de la Junta Consultiva de Seguros:

a) Asistir a las reuniones y emitir por escrito las observaciones que consideren oportunas.

b) Cualesquiera otras que les encomiende el Presidente de la Junta.

8. El Secretario levantará acta de cada sesión que se celebre, en la que se harán constar los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado y los puntos principales de los asuntos tratados.

Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente reunión de la Junta Consultiva de Seguros.

9. En defecto de las normas contenidas en el presente Reglamento, así como de otras que pudieran establecerse para completar su régimen y funcionamiento, la Junta Consultiva de Seguros se regirá por las normas sobre funcionamiento de órganos colegiados previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

5.2. Control de las entidades aseguradoras

En este apartado trataremos aquellas actuaciones de supervisión que afectan individualmente a las entidades: control financiero; control de estatutos, pólizas, tarifas y bases técnicas; control interno y publicidad, inspección de seguros, registros administrativos obligatorios y otras normas generales.

5.2.1. Control financiero y de medios técnicos, control interno, control de la publicidad y obligación de suministrar información

A. Control financiero y control de medios técnicos

El artº 71.1 de la Ley dispone que *“el Ministerio de Economía...ejercerá el control financiero y el regulado en el artículo 24 de la (...) Ley sobre las entidades aseguradoras españolas, incluidas las actividades que realicen en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios”*.

Por un lado el precepto hace referencia tanto al denominado “control financiero”, al que a continuación nos referiremos, como al relacionado con el artº 24 de la propia Ley, relativo a los requisitos que deben cumplir los estatutos, las pólizas, las tarifas y las bases técnicas de las entidades españolas, que también comentaremos más adelante. Ambos tipos de control se aplicará tanto a las operaciones realizadas por dichas entidades en España, como a las llevadas a cabo en otros países de la Unión Europea en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios, como consecuencia lógica de la aplicación del régimen de licencia única en virtud del cual las entidades autorizadas en cualquier país de la Unión pueden realizar operaciones en cualquiera de los demás países, dependiendo su control de la Autoridad que concedió la autorización. Todo ello sin perjuicio de las excepciones para operar libremente fuera del país de origen y de las necesarias actuaciones de coordinación entre los Órganos de Control de los respectivos países que, en ambos casos, establece la propia normativa comunitaria y la legislación española.

Por lo que se refiere al “control financiero”, el nº 2 del artº 71 dispone que dicho control *“consistirá, en particular, en la comprobación, para el conjunto de actividades de la entidad aseguradora, del estado de solvencia y de la constitución de provisiones técnicas, así como de los activos que las representan”*.

Como ha sido señalado por la doctrina, no existe en principio una definición unívoca de control financiero. No obstante, “una aproximación razonable a este concepto es la de entender por control financiero el conjunto de procedimientos dirigidos a la comprobación de la capacidad de la empresas de seguros para asegurar que se encuentran en la situación que suele denominarse como de equilibrio financiero, entendiendo por tal la aptitud de la empresa para hacer frente a sus obligaciones con la liquidez procedente de la realización de sus inversiones” Ello exige, por un lado, que el activo del balance sea superior al pasivo y, por otro, que los bienes de la entidad puedan convertirse en liquidez de manera suficiente para que la entidad pueda hacer frente a sus

Común, y por las demás disposiciones de Derecho Administrativo Común aplicables a este tipo de órganos.

compromisos en tiempo y forma. De otra manera nos encontraríamos en situación de quiebra, en el primer caso, o en suspensión de pagos, en el segundo. En ambos casos estaríamos ante un incumplimiento de las obligaciones del asegurador: definitivo en el primer supuesto, y extemporáneo en el segundo pero no por ello menos incumplimiento⁴³.

El esquema de control financiero referido es de capital importancia en las entidades aseguradoras si se toma en consideración que la actividad principal de dichas entidades, consistente en la recaudación de primas, les convierte en administradores de fondos ajenos y si a ello se le une el que en la administración que se haga de tales fondos se ve afectado el interés de una ingente cantidad de personas (tomadores, asegurados, beneficiarios y posibles perjudicados). Dicha situación hace evidente la necesidad de que las Autoridades, en nuestro caso el Ministerio de Economía, puedan ejercer el control sobre los modos de gestión de tales fondos con el fin de que las entidades estén en situación de solvencia y, en consecuencia, de poder responder a su vencimiento a los compromisos adquiridos.

Por ello, aunque con una cierta imprecisión en su redacción que puede inicialmente plantear ciertas dudas, el precepto referido está contemplando el control financiero como el realizado sobre el nivel de cumplimiento de las principales obligaciones que las entidades tienen para tratar de garantizar su solvencia en todo momento y para el conjunto de actividades de la entidad: el margen de solvencia, y las adecuadas constitución e inversión de las provisiones técnicas.

La imprecisión antes citada se debe a que al referirse el precepto a la “comprobación (...) del estado de solvencia y de la constitución de provisiones técnicas, así como de los activos que las representan”, da la impresión de que “estado de solvencia” y “constitución de provisiones técnicas” son conceptos autónomos sin relación entre sí y que, incluso las provisiones técnicas no se relacionan con la solvencia de la entidad. Pero veremos que, en realidad, tal falta de relación no existe.

Al analizar el precepto comentado debe tenerse en cuenta que, como en su momento se explicará más detenidamente, la solvencia de una entidad aseguradora es única y constituye un todo que debe ser analizado desde dos parámetros diferentes pero complementarios. El primer parámetro es el de la denominada *solvencia estática* que es la solvencia necesaria para hacer frente a las obligaciones derivadas de los compromisos ya adquiridos en un momento determinado (generalmente, aunque no únicamente, el de formulación de las cuentas anuales) la cual queda garantizada con el correcto cálculo, constitución e inversión de las *provisiones técnicas* (del periodo a considerar, generalmente el año económico), las cuales serán suficientes para atender tales obligaciones si la siniestralidad teórica (basada en la experiencia estadística que sirvió para calcular las primas) coincide con la real. Pero puede ocurrir que dicha siniestralidad real no coincida con la teórica sino que sea superior a ella, en cuyo caso las primas recaudadas con base en la siniestralidad teórica serán insuficientes para atender las obligaciones correspondientes, y se hace necesario que la entidad disponga de recursos complementarios a los generados por las primas que le permitan hacer frente a tales obligaciones. Es entonces cuando aparece el segundo parámetro de la

⁴³ Vid. MAESTRO MARTINEZ, José Luis. “El Control Financiero en la nueva Ley de Seguros”, en “Manual de la Nueva Ley del Seguro, pp. 173 a 178. Expansión. Madrid 1995.

solvencia del ente asegurador constituido por la denominada *solvencia dinámica*, cuya finalidad es prevenir financieramente a la entidad contra la aparición de obligaciones que puedan sobrevenirle a consecuencia de su actividad futura y que tiene su expresión en las denominadas *provisiones técnicas de estabilización* (de naturaleza acumulativa y no anuales) y, principalmente, en el conocido como *margen de solvencia*. Pero tanto las provisiones técnicas como el margen de solvencia tienen como finalidad garantizar la solvencia única y global de la entidad, solo que desde puntos de vista diferentes pero complementarios.

A la vista de lo expuesto cabe concluir que en la dicción del precepto comentado no existe falta de relación entre los dos principales conceptos que constituyen el objeto del control financiero cuando establece que éste consiste en la comprobación *“del estado de solvencia y de la constitución de provisiones técnicas, así como de los activos que las representan”*, ya que en el primer caso hay que entenderlo referido al “estado de margen de solvencia” y el segundo al “estado de cobertura de las provisiones técnicas”. Las provisiones técnicas forman parte de las garantías de solvencia de la entidad aseguradora y conjuntamente con el margen de solvencia constituyen los instrumentos que garantizan de manera global dicha solvencia.

Pero estimamos que el “control financiero” debe abarcar también explícitamente el referido a la adecuación de las bases técnicas y tarifas a las exigencias establecidas por la normativa, ya que si bien tales documentos, al igual que las pólizas, no están sujetos a autorización previa (artº 24.5, primer párrafo, de la Ley) siempre podrán ser requeridos por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para comprobar tal adecuación (artº 24.5.c. de la Ley), pudiendo, en caso contrario, prohibir la utilización de los mismos, prohibición cuya desatención puede constituir la infracción grave prevista en el artº 40.4.g) de la Ley. Conviene tener presente que el correcto cálculo, constitución e inversión de las provisiones técnicas se basa en el también correcto cálculo de las tarifas de primas y de las bases técnicas en las que las tarifas se fundamentan. Y también el planteamiento del margen de solvencia se basa, en principio, en la corrección de las provisiones técnicas. Si las primas son insuficientes, las provisiones técnicas también lo serán y, en consecuencia, la garantía de solvencia que las mismas representan será inferior a la necesaria. Así pues, cabe considerar que el primer eslabón de la solvencia del ente asegurador pasa por un adecuado cálculo de las primas basado en una correcta aplicación de los principios y exigencias de la técnica actuarial y, por ello, debe quedar explícita su inclusión dentro del denominado “control financiero”, aunque la Ley en su artº 71 no lo cite expresamente.

Para terminar este apartado debemos mencionar que el artº 71 de la Ley, además de delimitar el control financiero reconoce que el Ministerio de Economía ejercerá también lo que podríamos denominar como “control de medios técnicos”, materiales y personales, ya que el nº 2 de dicho precepto dispone que *“además, cuando se trate de entidades aseguradoras que satisfagan prestaciones en especie, el control se extenderá también a los medios técnicos de que dispongan las aseguradoras para llevar a cabo las operaciones que se hayan comprometido a efectuar”*. Lo anterior se refiere a aquellas operaciones aseguradoras de los ramos de prestación de servicios de “asistencia”, en las cuales el compromiso de la entidad consiste en la prestación de un servicio por parte de proveedores externos a la entidad (personal y medios sanitarios, grúas; remolques; medios de transporte; empresas de fontanería, albañilería,

electricidad, etc.) lo cual requiere la creación de redes adecuadas de proveedores, en cuantía y calidad suficientes, que puedan garantizar lo comprometido por la entidad con sus asegurados.

Tal posibilidad de control proviene de lo previsto por la Tercera Directiva No vida de 1992 la cual, al dar nueva redacción al artº 8 de la Primera Directiva No Vida de 1973, estableció que lo dispuesto en la misma no “será obstáculo para que los Estados Miembros sometan a control a las empresas que soliciten o hayan obtenido la autorización para el ramo 18 del punto A del Anexo en lo que se refiere a los medios directos o indirectos de personal y material, incluida la calificación de equipos médicos y la calidad de los aparatos de que dispongan para hacer frente a los compromisos de nuevos ramos”. El citado ramo nº 18 fue incluido en la relación de ramos (contenida en el Anexo de la Primera Directiva) por el artº 14 de la Directiva del Consejo 84/641/CEE, de 10 de diciembre según el cual dicho ramo comprende la “asistencia de personas que se encuentren en dificultades durante sus desplazamientos a ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente”, ámbito de cobertura que la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Ordenación, que incorpora la clasificación de ramos, amplía también a “la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, determinadas reglamentariamente, siempre que no sean objeto de cobertura en otros ramos de seguro”.

B. Control interno de las entidades

a. Introducción

Este apartado, al igual que la inclusión del control financiero y del control de medios técnicos a los que antes se ha hecho referencia, constituye una novedad en la Ley de Ordenación de 1995 y viene exigido, al igual que los demás, por las Terceras Directivas de No Vida (92/49/CEE de 18-6-1992) y de Vida (92/96/CEE de 10-11-1992) en cuyos artículos 9 y 8, respectivamente, se modificaron los artículos 13 de la primera Directiva de No vida de 1973 y 15 de la Primera Directiva de Vida de 1979, los cuales solo establecían de forma lacónica y concisa la obligación de que los Estados Miembros deberían comprobar “en estrecha colaboración la situación financiera de las empresas autorizadas”.

La obligación de que las entidades deban poseer una adecuada organización administrativa y contable y unos suficientes procedimientos de control interno de su propia gestión, y la paralela posibilidad de que el Órgano de Control tenga capacidad para exigir la existencia de tales medios, viene dada por la necesidad de que la información relativa a la marcha y comportamiento del negocio pueda estar a disposición de la dirección de la entidad de la manera más completa, exacta y rápida posible, con el fin de que puedan ser adoptadas las medidas oportunas con la diligencia y celeridad debidas. Dicha exigencia, aunque no de manera única, adquiere una especial importancia cuando se trata de la información relativa a la evolución de las variables técnicas relacionadas con el comportamiento de la siniestralidad real y a la adaptación o no de ésta a la siniestralidad teórica que sirvió de base para el cálculo de las primas, ya que en caso de que aquella fuese superior a esta última estaríamos ante una situación de desequilibrio técnico al ser las primas recaudadas insuficientes para atender a la siniestralidad ocurrida.

b. Exigencia legal de control interno administrativo y contable

Así, en cumplimiento de lo anterior, el artº 71.3, inciso primero, de la Ley, reproduciendo literalmente el texto de las Directivas, establece que el Ministerio de Economía “*exigirá*” que las entidades aseguradoras sometidas a su control “*dispongan de una buena organización administrativa y contable y de procedimientos de control interno adecuados*”.

Desarrollando el citado precepto el Reglamento de Ordenación en su artº 110.1, párr. primero, dispone que las entidades aseguradoras “*deberán establecer procedimientos de control interno adecuados a su organización y disponer de la información suficiente para que la dirección de la entidad pueda tener un conocimiento actualizado sobre la evolución de su actividad, el funcionamiento de sus departamentos y redes de distribución, y el comportamiento de las magnitudes económico-actuariales básicas de su negocio*”.

La citada regulación se ha visto reforzada mediante la modificación introducida en el artº 40.3 y 4 de la Ley de Ordenación por la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero de 2002⁴⁴, la cual añade un nuevo apartado q) a los citados números del artº 40, considerando infracción el supuesto de “*presentar deficiencias en la organización administrativa y contable , o en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos*”, infracción que será considerada como muy grave “*cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad aseguradora*” o como grave “*una vez haya transcurrido el plazo concedido al efecto para su subsanación por las autoridades competentes y siempre que ello no constituya infracción muy grave*”.

No obstante conviene resaltar que la infracción constituida por “*presentar deficiencias en la organización (...)contable*”, en cuanto a la delimitación del contenido del tipo infractor se refiere, debe ser puesta en relación con las infracciones, muy grave o grave, del artº 40.3 y 4, letras e), relativas expresamente al incumplimiento de las normas sobre contabilidad, bien por carecer de ella o llevarla con anomalías sustanciales que impidan o dificulten notablemente conocer la situación económica de la entidad (infracción muy grave), bien por el mero incumplimiento de las normas contables cuando no sea constitutivo de infracción muy grave (infracción grave).

Por último debe señalarse que el párrafo segundo del citado artº 110.1 del Reglamento obliga también al grupo consolidable de entidades aseguradoras, a través de las entidades que lo componen, a establecer los “*procedimientos de control interno necesarios para asegurar la plena disponibilidad y adecuada presentación de cuantos datos e información en general sean precisos para la elaboración y cumplimentación de las cuentas consolidadas, incluidos los estados de cobertura de provisiones técnicas*”.

⁴⁴ Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE de 23 de noviembre de 2002). Dicha Ley introdujo también idénticos tipos infractores en las Leyes sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (Ley 26/1988, de 29 de julio) (arts. 4 y 5) y en la del Mercado de Valores (Ley 24/1988 de 28 de julio) (arts.99 y 100).

y de margen de solvencia consolidados”⁴⁵, resultando válidos los comentarios sobre las infracciones toda vez que el artº 40.1 de la Ley declara aplicable a las entidades dominantes de grupos consolidables las normas de régimen sancionador previstas en la misma.

c. Control interno de la utilización de instrumentos derivados

El Reglamento establece, así mismo, determinadas normas de control interno relativas al uso de instrumentos derivados en la política de inversión de las entidades, disponiendo a tales efectos que las entidades aseguradoras:

Primero.- Dispondrán de normas claras y escritas sobre la utilización de derivados, entre las que figuren el reparto de funciones y su delegación, así como una descripción de las responsabilidades dentro de la entidad. A este respecto, las funciones de autorización, de ejecución de órdenes, de control de su utilización y de manejo de la información deben ser desempeñadas por personas distintas.

Segundo.- Realizarán con regularidad los controles sobre la utilización de instrumentos derivados, y periódicamente se informará a una persona que ocupe un puesto de responsabilidad que no tenga a su cargo a quienes ejecutan las órdenes.

Los sistemas de control establecidos deben permitir verificar el estado de situación en relación con los riesgos inherentes al uso de los derivados, debiendo comprobarse, mediante controles externos o internos, que los sistemas implementados son apropiados y se ajustan a los objetivos perseguidos, así como que su funcionamiento en la práctica es el adecuado.

Tercero.- Deberán disponer de directrices claras y escritas sobre las categorías de derivados que pueden utilizarse, las posiciones máximas permitidas y las contrapartes autorizadas. En el caso de que se realicen operaciones fuera de mercados regulados, la entidad debe asegurarse de que los intermediarios financieros garantizan la liquidez de las posiciones ofreciendo la posibilidad de cotizaciones diarias de precios.

Tales normas han sido desarrolladas por los artículos 4, 5 y 6 de la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1998.

C. Control de la publicidad

a. Régimen jurídico

El artº 71.3, inciso segundo, de la Ley establece que la publicidad de las entidades aseguradoras “*se ajustará a lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, y disposiciones de desarrollo, así como a las normas precisas para su adaptación a las entidades aseguradoras recogidas en el Reglamento de la presente Ley*”, expresándose en términos similares el artº 111.1 del Reglamento que

⁴⁵ Párrafo introducido en el artº 110.1 del Reglamento de Ordenación por el aptdo 6º del art. 1º del Real Decreto 996 / 2000, de 2 de junio, por el que se modifican determinados preceptos de dicho Reglamento, aprobado por R.D. 2486/1998, de 20 de noviembre, y del plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y normas para la formulación de las cuentas de los grupos de entidades aseguradoras.

desarrolla el precepto legal, si bien este último aclara que dicho régimen jurídico será aplicable a “*toda publicidad que suponga la oferta de seguros privados*”, precisando así el ámbito objetivo de las obligaciones impuestas en este aspecto ya que el artº 71 de la Ley se refiere de manera genérica a la “*publicidad*” de las entidades sin especificar el contenido y objeto de la misma.

b. Concepto de publicidad aseguradora

El artº 111.3 del Reglamento, partiendo del concepto de publicidad contenido en el artº 2 de Ley General de Publicidad⁴⁶, establece que “*tendrá la consideración de publicidad toda forma de comunicación por la que se ofrezcan operaciones de seguro o se divulgue información sobre las mismas, cualquiera que sea el medio utilizado para ello, incluidas las circulares y cartas personalizadas que formen parte de una campaña de difusión*”.

c. Requisitos

En primer lugar, y con *carácter general*, la publicidad de operaciones de seguro, al igual que el resto de la publicidad, debe ser ante todo *lícita*. De acuerdo con lo dispuesto por el artº 3 de la Ley 34/1988, se considera publicidad ilícita cuando:

- Atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

- Sea engañosa, desleal o subliminal e,

- Infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

La publicidad se considera *engañosa* cuando “*de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor*” y también en el caso de que “*silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios*” (artº 4 de la Ley 34/1988). La determinación de si la publicidad es o no engañosa se efectuará teniendo en cuenta las previsiones establecidas al efecto por el artº 5 de la Ley General de Publicidad⁴⁷, debiéndose tener especialmente en cuenta en el caso de productos

⁴⁶ Artº 2.- “A los efectos de esta Ley se entenderá por: -Publicidad: *Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*”.

⁴⁷ El artº 5 de la Ley General de Publicidad dispone que “Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y, principalmente, sus indicaciones concernientes a:

1. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:

a) Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.

b) Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.

c) Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.

d) Resultados que pueden esperarse de su utilización.

e) Resultados y características esenciales de los ensayos y controles de los bienes y servicios.

aseguradores las consideraciones relativas a finalidad, disponibilidad, novedad y denominación del producto, a los resultados que puedan esperarse del servicio prestado por el asegurador y al precio y restantes condiciones contractuales⁴⁸. La publicidad será *desleal* cuando “*por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades*”, cuando “*induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles*”, y también “*la publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado*” (artº 6 de la Ley 34/1988). Y, finalmente, la publicidad será *subliminal* cuando “*mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida*” (artº 7 de la Ley 34/1988).

De manera más específica el artº 111.2 del Reglamento de Ordenación establece los requisitos aplicables a la publicidad que realicen las entidades aseguradoras la cual, según dicho precepto deberá cumplir con el requerimiento genérico de que “*deberá transmitir a sus destinatarios una información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de la operación, servicio o producto de seguros*” y, al menos, tendrá que cumplir los requisitos concretos siguientes”: 1º) Identificación de la entidad aseguradora que asume la cobertura de los riesgos o compromisos, destacada de forma suficiente mediante nombres comerciales o marcas, salvo que éstas puedan inducir a confusión, en cuyo caso se empleará la denominación social; y 2º) indicación del tipo de contrato de seguro que se oferta.

d. Posibilidad de consulta previa a la Dirección General de Seguros

El artº 111.4 del reglamento establece que la publicidad de las entidades aseguradoras no está sujeta a autorización administrativa, ni debe ser objeto de remisión sistemática previa a su utilización a la Dirección General de Seguros.

No obstante dicho precepto contempla la posibilidad de que “*las entidades aseguradoras que pretendan efectuar campañas publicitarias de elevado coste o amplio ámbito de difusión podrán formular consulta previa a su inicio a la Dirección General de*

f) Nocividad y peligrosidad.

2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.

3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.

4. Motivos de la oferta.

5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a :

a) Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.

b) Derechos de propiedad industrial o intelectual.

c) Premios o distinciones recibidas.

6. Servicios post-venta.

⁴⁸ GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, José Elías. “Aspectos técnicos de la legislación de seguro privado”, p. 80. Centro de Estudios del Seguro. Madrid 1991.

Seguros”. En tal caso la entidad interesada deberá remitir una reproducción adecuada, según el medio de difusión a emplear, de los textos, bocetos, composición gráfica o filmaciones a utilizar, con indicación de tamaños y duración de la campaña y, en su caso, tiempos de exhibición.

A tenor del precepto referido, una vez formulada la consulta la Dirección General debe resolverla en el plazo de quince días hábiles contados desde la fecha de recepción de la solicitud, acompañada de la documentación legalmente exigida. Transcurrido dicho plazo sin mediar resolución expresa, ésta se entenderá favorable a su difusión en los términos en que se haya planteado la consulta.

e. Facultades de supervisión del Órgano de Control en materia de publicidad

Aunque, como se ha dicho, la publicidad de las entidades aseguradoras no precisa de autorización administrativa previa a su utilización, y ni siquiera debe ser objeto de remisión sistemática previa a su difusión, la Administración posee facultades de control y supervisión sobre los contenidos de la publicidad ya difundida, como medio de protección de los derechos de los tomadores y asegurados. A tales efectos el artº 111.5 del Reglamento prevé que la Dirección General de Seguros “*mediante acuerdo motivado, podrá requerir de las entidades aseguradoras la rectificación o cese de aquella publicidad que no respete lo previsto en la Ley y en [el] Reglamento*”, con la excepción de cuando previamente en fase de consulta haya manifestado su criterio favorable, ya sea por resolución expresa o por la aplicación del silencio positivo.

En caso de incumplimiento de los citados requerimientos, dispone el citado precepto, la Dirección General de Seguros podrá adoptar *las medidas oportunas* para proteger los intereses de los asegurados y del público en general. Tales medidas estarán, principalmente, relacionadas con las sancionadoras que puedan adoptarse por la infracción (muy grave, grave o leve) prevista en el artº 40 de la Ley relacionada con el “*incumplimiento de los acuerdos o resoluciones emanados de la Dirección General de Seguros*”, incumplimiento que deberá ser *reiterado* para constituir infracción muy grave o *meramente ocasional o aislado* para ser considerado como infracción grave. Sin menoscabo de la posible utilización de las demás sanciones aplicables, consideramos de especial “oportunidad” para tal supuesto la sanción de dar publicidad a la conducta infractora.

Para finalizar este apartado relativo al control de la publicidad debe señalarse que el artº 111.6 del Reglamento establece respecto de las entidades aseguradoras una obligación general de que la publicidad “*deberá estar disponible en todo momento*” para su supervisión por la Dirección General de Seguros.

D. Obligación de informar al Órgano de Control

Por último, en cuanto se refiere a la actividad de supervisión relacionada con el control financiero, el control de medios técnicos materiales y personales, el control interno de las entidades, y al control de la publicidad, regulados en los números 1, 2 y 3 del artº 71 de la Ley, el nº 4 de dicho precepto, impone a las entidades la obligación de suministrar a la Dirección General de Seguros “*...la documentación e información que sean necesarias para dar cumplimiento...*” a lo dispuesto en el propio precepto, “*...ya*

mediante su presentación periódica en la forma que reglamentariamente se determine, ya mediante la atención de requerimientos individualizados que les dirija la citada Dirección General”.

5.2.2. Estatutos, pólizas, bases técnicas y tarifas

La Ley de Ordenación en su artº 24, y el Reglamento en sus arts. 12 y 75 a 80, hacen referencia al contenido que deben reunir los estatutos sociales de las entidades, las pólizas de seguro y las bases técnicas y tarifas de primas utilizadas por las entidades, estableciendo, además, dicho artº 24 las facultades de la Administración para prohibir el uso de pólizas y tarifas de primas que no cumplan con las exigencias legales.

De todo ello nos ocuparemos en los apartados siguientes.

A. Estatutos sociales

El artº 24.1 de la Ley de Ordenación establece la regla general en este aspecto al disponer que los estatutos de las entidades aseguradoras se ajustarán a lo dispuesto en dicha Ley y en sus disposiciones complementarias de desarrollo y, subsidiariamente, a la legislación que les sea aplicable según su naturaleza, lo cual implica conectar esta materia con lo previsto al efecto por la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989, por la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1989 y por el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social de 27 de diciembre de 2002.

Por su parte el artº 75 del Reglamento de Ordenación, desarrollando las previsiones de la Ley, establece un *contenido mínimo general* al prever que los estatutos de las entidades aseguradoras, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 24 de la Ley, deberán contener, en todo caso, los siguientes extremos:

1º. La denominación y domicilio social de la entidad, ajustados a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Ley y en los artículos 9 y 10 del propio Reglamento.

2º. El sometimiento de la entidad a la normativa específica sobre ordenación y supervisión de los seguros privados y disposiciones complementarias.

3º. El objeto de la entidad, con mención expresa del ramo o ramos y el ámbito territorial en los que desarrollará su actividad.

Con independencia de lo anterior también el Reglamento, en su artº 12 delimita un *contenido mínimo especial* para los estatutos de las mutuas a prima fija, disponiendo que en los mismos, además de los extremos previstos en el indicado artº 75, deberán figurar los siguientes:

1º. Requisitos objetivos que deberán reunir los mutualistas para su admisión.

2º. Derechos y obligaciones de los mutualistas.

3º. Normas para la constitución del fondo mutual, reintegro de las aportaciones de los mutualistas y devengo de intereses por éstas.

4º. Indicación de si los mutualistas responden por las deudas sociales, en cuyo caso se ajustará al límite fijado en el apartado 2.d) del artículo 9 de la Ley.

5º. Consecuencias de la falta de pago de las derramas pasivas y aportaciones obligatorias conforme al apartado 1, párrafo c), del artículo anterior.

6º. Regulación de sus órganos de gobierno.

7º. Forma en que los mutualistas pueden examinar los documentos a que se refiere el artículo 13, apartado 5, del presente Reglamento.

8º. Normas que deberán aplicarse para el cálculo y distribución de las derramas.

9º. Normas de liquidación de cada ejercicio social.

10º. Sometimiento de los mutualistas, en cuanto tales y no como tomadores o asegurados, a la jurisdicción de los Tribunales del domicilio social de la entidad.

B. Pólizas

a) Previsiones de la Ley

El artº 24.2 de la Ley dispone que el contenido de las pólizas “*deberá ajustarse*” a dicha Ley y, “*también, a la Ley de Contrato de Seguro, en la medida en que resulte aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado contenidas en el Título IV de la misma*”.

La referencia a que las pólizas deban ajustarse, en primer lugar, a la Ley de Ordenación ha sido criticada por la doctrina ya que dicha Ley no establece regulación alguna sobre materia contractual⁴⁹. El contenido de las pólizas vendrá dado, principalmente, por la regulación contenida en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, si bien el precepto establece que dicha Ley será aplicable en la medida en que ello sea posible en virtud de las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en el Título IV de la misma (arts. 107 a 109), modificado por la propia Ley de Ordenación, cuya Disposición. Adicional 6ª dio nueva redacción al referido Título.

En virtud de dichas normas, en los *seguros de no vida*: a) la Ley española de contrato de seguro se aplicará: bien cuando los riesgos y el domicilio⁵⁰ del tomador estén localizados en territorio español o bien cuando el contrato se concluya en cumplimiento de una obligación de aseguramiento impuesta por la legislación española; b) en los denominados “grandes riesgos”⁵¹ las partes tendrán libre elección de la ley aplicable; c) en los demás casos las partes, según sea el supuesto establecido, pueden elegir como ley del contrato la aplicable en otro de los países miembros del Espacio Económico Europeo. Si se trata de *seguros de vida* la Ley española se aplicará: a) cuando el tomador sea persona física de nacionalidad española con domicilio y residencia habitual en España o persona jurídica con domicilio en España, b) cuando se trate de un contrato de seguro de grupo celebrado en cumplimiento o a consecuencia de un contrato de trabajo sometido a la ley española, c) o cuando el tomador, siendo de nacionalidad española resida habitualmente en otro Estado y así lo acuerde con el asegurador.

⁴⁹ BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “Ley del...”, op. cit p. 172. Edit. Revista de Derecho del Seguro Privado. Madrid 1996.

⁵⁰ En este aspecto el artº 107.1.a) de la Ley de Contrato de Seguro se refiere a “...*residencia habitual, si se trata de persona física, o su domicilio social o sede de gestión administrativa o dirección de las negocios, si se trata de persona jurídica*”.

⁵¹ El artº 107.2 de la Ley de Contrato regula cuando se da la condición de “grandes riesgos”.

b) Previsiones del Reglamento de Ordenación

El artº 76.1 del Reglamento dispone que los modelos de pólizas de seguros “*deberán estar a disposición de la Dirección General de Seguros en el domicilio social de la entidad*”, exigencia que tiene su justificación en la posibilidad, que comentaremos más adelante, de que dicho órgano pueda prohibir la utilización de pólizas que no cumplan lo dispuesto por el artº 24.2 de la Ley antes referido.

También establece el Reglamento algunas normas sobre la redacción de las pólizas y las medidas a adoptar en caso de extravío. A tales efectos, el nº 2 del precepto reglamentario establece en el primer caso que “*la póliza de seguro será redactada de forma que sea de fácil comprensión*”, y para el segundo establece el procedimiento para expedir el duplicado en caso de extravío, supuesto ante el cual el asegurador, a petición del tomador del seguro o, en su defecto, del asegurado o beneficiario, tendrá obligación de expedir duplicado o copia de la póliza, “*la cual tendrá idéntica eficacia que la original*”. Dicha petición deberá hacerse por escrito en el que se expliquen las circunstancias del caso, se aporten las pruebas de haberlo notificado a quienes resulten titulares de algún derecho en virtud de la póliza y el solicitante se comprometa a devolver la póliza original si apareciese y a indemnizar al asegurador de los perjuicios que le irroque la reclamación de un tercero.

Así mismo los números 3 y 4 del citado artº 76 imponen ciertas restricciones aplicables a los seguros de vida, con participación en beneficios y colectivos. A tal efecto tales preceptos disponen, respectivamente, que en las proposiciones y pólizas de los seguros sobre la vida con participación en beneficios, no podrán establecerse cuantificaciones numéricas de valores basadas en estimaciones de los beneficios futuros a obtener por la entidad, y que en los seguros colectivos de vida, además de la póliza, deberá utilizarse el boletín de adhesión suscrito conjuntamente por el tomador del seguro y por el asegurado.

C. Bases técnicas y tarifas

En principio conviene indicar que base técnica y tarifa no constituyen elementos independientes y sin relación sino que, por el contrario, son inseparables el uno del otro de tal manera que “*por base técnica puede considerarse aquel estudio actuarial que tiene por objeto la determinación de las primas (...) partiendo del análisis de las estadísticas y adicionando todos los costes de la actividad aseguradora*”, mientras que “*la tarifa se convierte en la conclusión final de la base técnica, puesto que recoge caso por caso las primas que para cada situación de riesgo determinada pagará el asegurado*”⁵².

La actividad aseguradora requiere de unos planteamientos técnico-actuariales cuya finalidad última viene dada por la necesidad de que el ente asegurador esté en situación de solvencia, para lo cual debe ponerse de manifiesto la aplicación de un “*modelo actuarial*” que dé estabilidad técnica al sistema, para lo cual deben de cumplirse los siguientes principios fundamentales: 1º) aplicación de tarifas equitativas y suficientes; 2º) correcto cálculo y cobertura total de las provisiones técnicas; y, finalmente, 3º) constitución del Margen de Solvencia necesario, que para ser eficaz requiere el cumplimiento de los dos principios anteriores. Dicho modelo actuarial tiene

⁵² Vid. GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, José Elías. “Aspectos técnico...”. Op. cit. p. 129.

su expresión en la normativa sobre ordenación del seguro privado, que comentaremos a continuación y en los capítulos del presente trabajo relativos a Provisiones Técnicas y Margen de Solvencia.⁵³

a. Provisiones de la Ley

El artº 24.3. primer párrafo, de la Ley establece los principios de suficiencia y de libertad de mercado como bases fundamentales sobre las que deberá llevarse a cabo la confección de las tarifas de primas, las cuales, dispone el precepto, “deberán ser *suficientes*, según hipótesis actuariales razonables, *para permitir a la entidad aseguradora satisfacer el conjunto de las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y, en particular, constituir las provisiones técnicas adecuadas*. Asimismo, 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 tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes”. La formulación de la ley es similar a la de la anterior Ley de Ordenación de 1984, con la excepción de que se omite en la vigente la referencia al principio de “equidad” en las tarifas cuya aplicación se exigía en la anterior Ley de Ordenación de 1984.

El principio de *suficiencia* significa que “las primas recaudadas por el asegurador tienen que permitir, globalmente, hacer frente al pago de los siniestros”: el principio de *equidad* establece que “cada asegurado debe pagar la prima que realmente le corresponde en función del riesgo que significa para el asegurador”, principio que en algunos casos puede estar atenuado por el de “solidaridad” (ej.: seguro de vida con capitalización colectiva); y el principio de *libertad de competencia* requiere que las entidades aseguradoras puedan fijar las primas que estimen oportunas, siempre que sean técnicamente justificables⁵⁴.

En orden a lo expuesto, como ha señalado la doctrina, en un entorno de libertad de mercado y de libre competencia el auténtico control de precios corresponde principalmente al mercado, de manera que la competencia recaerá en los precios y tarifas para los cuales debe existir libertad en su fijación. No obstante, ya que la solvencia de la entidad aseguradora está relacionada con el precio, la Administración tiene que vigilar cuidadosamente solo la solvencia de la entidad, en defensa de los intereses de los asegurados, ya que la eficacia en la tarificación (primas equitativas) es función que corresponde al mercado. Así, si las primas se establecen por debajo de los niveles técnicamente aconsejables, la entidad puede verse afectada por problemas de solvencia que harán necesaria la intervención de la Administración, pero si las primas se establecen por encima de lo técnicamente aconsejable, la entidad lo que incurrirá es en problemas de competitividad, dada la diversidad de ofertas en el mercado. En resumen, la suficiencia debe ser vigilada mediante el control de solvencia ejercido por la Administración, mientras que el objetivo de la “equidad” debe someterse al control del mercado⁵⁵.

⁵³ Vid. al respecto el trabajo de PRIETO PÉREZ, Eugenio. “Modelo actuarial en que se apoya la Ley de Ordenación del Seguro Privado y su Reglamento”, en “Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado”, pp.861 879. CUNEF. Madrid 1988.

⁵⁴ Vid. GALLEGOS DÍAZ DE VILLEGAS, José Elías. “Aspectos técnico...”. Op. cit. pp. 130 y 1 31.

⁵⁵ Vid. al respecto VEGAS ASENSIO, Jesús. “Criterios de elaboración de tarifas en los seguros no vida según lo dispuesto en la Ley33/1984 de Ordenación del Seguro Privado”, en “Comentarios a la Ley de Ordenación...”. Op. cit. pp.885 y 886.

No obstante, la eliminación en la Ley vigente de la exigencia de “equidad” en las tarifas ha sido criticada por un sector de la doctrina que considera que tal supresión se hace “en claro perjuicio del asegurado (...) con olvido notorio de los gastos y del beneficio, puesto que las tarifas también deben cubrir los mismos”⁵⁶, si bien a este respecto debemos indicar que, como veremos más adelante, el artº 76.3 del Reglamento sí ha incluido la necesidad de respetar este principio en el cálculo de la prima comercial o de tarifa.

b. Previsiones del Reglamento

En desarrollo de las previsiones de la Ley el Reglamento dispone en su artº 76.1 que “los modelos de (...) las bases técnicas y tarifas deberán estar a disposición de la Dirección General de Seguros en el domicilio social de la entidad”. Obligación que, al igual que en el caso de las pólizas, tiene su justificación en la posibilidad, que comentaremos más adelante, de que dicho órgano pueda prohibir la utilización de tarifas que no cumplan lo dispuesto por el artº 24.3 de la Ley antes indicado.

Además el referido precepto reglamentario dispone, en sus números 5 y 6, que

Primero.- Las tarifas de primas deberán fundamentarse en bases técnicas y en información estadística elaboradas de acuerdo con lo que se establece en los artículos 77 a 80 del propio Reglamento

Segundo.- La prima de tarifa, se ajustará a los principios de indivisibilidad e invariabilidad, suficiencia y equidad, y estará integrada por:

- la prima pura o de riesgo,
- el recargo de seguridad, en su caso,
- los recargos necesarios para compensar a la entidad de los gastos de administración (también denominado recargo para gastos de gestión interna) y de adquisición (recargo para gastos de gestión externa), incluidos entre estos últimos los de mantenimiento del negocio, y
- el recargo de beneficio o excedente.

La *prima pura* comprende la prima de riesgo y, en su caso, la prima de ahorro (seguros de vida), su finalidad es la de hacer frente a la “siniestralidad normal correspondiente a los riesgos asegurados” y en ella, según dispone el artº 76.6, *in fine*, del Reglamento (lo cual constituye una novedad en la legislación vigente) deben incluirse en todo caso los gastos de gestión de los siniestros. El *recargo de seguridad* está destinado a dotar, cuando proceda, la Provisión Técnica de Estabilización cuya finalidad es proteger de las posibles desviaciones desfavorables en la siniestralidad global. La cuantía de los *recargos para gastos de gestión* dependerá de la calidad, eficacia y eficiencia de los servicios proporcionados por la organización administrativa y comercial del asegurador. Respecto al *recargo para beneficio o excedente* debe indicarse que, como ha sido señalado, “ para asegurar su supervivencia la empresa debe buscar la obtención de un margen de beneficios que le permita una remuneración

⁵⁶ TIRADO SUAREZ, Francisco Javier. “Algunas modificaciones del Anteproyecto de Ley sobre Supervisión de los seguros Privados”. Rev. Actualidad Aseguradora. Año 103. Nº 32 de 26 de septiembre de 1994, p. 15.

adecuada al capital y la obtención de recursos financieros para desarrollarse en condiciones de solvencia”, componente que se destinará “no solo al reparto de dividendos sino también a financiar el margen de solvencia”⁵⁷.

Los principios de equidad y suficiencia ya ha sido comentados anteriormente y respecto a los principios de *indivisibilidad e invariabilidad* de la prima debemos indicar que por “indivisibilidad” debe entenderse que la prima es indivisible “con relación al periodo para el que ha sido calculada, no de momento a momento, sino con relación a un cierto periodo” (ya que el asegurador soporta la totalidad del riesgo en cada instante del periodo), aunque existan ciertas excepciones admitidas por la propia Ley de Contrato de Seguro (arts. 12, 13 y 35.1), y por “invariabilidad” debe considerarse la imposibilidad de que una vez fijada la prima en el contrato esta pueda ser modificada por voluntad unilateral de una de las partes ⁵⁸.

El Reglamento desarrolla esta materia en sus artículos 77 a 80⁵⁹, en los que establece tanto las normas generales sobre bases técnicas como las peculiaridades de las

⁵⁷ Vid. al respecto PRIETO PÉREZ, Eugenio. “Modelo actuarial...”, en “Comentarios a la Ley de Ordenación...”. Op. cit. pp.875 a 877.

⁵⁸ Vid SANCHEZ CALERO, Fernando. “Ley de contrato de Seguro”, pp. 244 y 245. Aranzadi Editorial. Pamplona 1999.

⁵⁹ **Art. 77**

Normas generales sobre bases técnicas. 1. Las bases técnicas, que deberán ser suscritas por un actuario de seguros, comprenderán, en cuanto proceda según la estructura administrativa y organización comercial de la entidad, los siguientes apartados:

a) Información genérica. En ella se dará explicación del riesgo asegurable conforme a la póliza respectiva, los factores de riesgo considerados en la tarifa y los sistemas de tarificación utilizados.

b) Información estadística sobre el riesgo. Se aportará información sobre la estadística que se haya utilizado, indicando el tamaño de la muestra, las fuentes y método de obtención de la misma y el período a que se refiera.

c) Recargo de seguridad. Se destinará a cubrir las desviaciones aleatorias desfavorables de la siniestralidad esperada, y deberá calcularse sobre la prima pura. Se determinará, de acuerdo con las características de la información estadística utilizada, atendiendo al tipo, composición y tamaño de la cartera, al patrimonio propio no comprometido y al volumen de cesiones al reaseguro, así como al período que se haya considerado para el planteamiento de la solvencia, que no podrá ser inferior a tres años, debiendo especificarse la probabilidad de insolvencia que, en relación con dicho período, se haya tenido en cuenta.

d) Recargos para gastos de gestión. Se detallará cuantía, suficiencia y adecuación de los recargos para gastos de administración y de adquisición, incluidos entre éstos últimos los de mantenimiento del negocio, justificados en función de la organización administrativa y comercial, actual y prevista en la entidad interesada, teniendo en cuenta si se trata de seguros individuales o de grupo. En el ramo de vida, los gastos de adquisición activados no podrán superar para cada póliza el valor de la provisión matemática a prima de inventario del primer ejercicio contabilizada en el pasivo del balance.

e) Recargo para beneficio o excedente. Se destinará a remunerar los recursos financieros e incrementar la solvencia dinámica de la empresa.

f) Cálculo de la prima. En función de las bases estadísticas y financieras si procede, se establecerá la equivalencia actuarial para fijar la prima pura que corresponda al riesgo a cubrir y a los gastos de gestión de los siniestros. Tomando como base la prima pura y los recargos, se obtendrá la prima de tarifa o comercial. Si se admiten primas fraccionadas y fraccionarias, se justificará la base y el recargo para calcularlas, concretando que estas últimas son liberatorias por el período de seguro a que correspondan.

g) Cálculo de las provisiones técnicas. Las bases técnicas reflejarán el método elegido para el cálculo de las provisiones técnicas entre los admitidos por el presente Reglamento.

2. Si, incumpliendo las previsiones de la base técnica, durante dos ejercicios consecutivos los recargos para gastos de gestión son insuficientes para atender los gastos reales de administración y adquisición definidos conforme al Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, deberá procederse a la adecuación de las bases técnicas.

bases técnicas en los seguros de vida, en los seguros de decesos y en los seguros de enfermedad.

Finalmente, como ha indicado la doctrina, hay que considerar que el adecuado progreso de la Institución Aseguradora se basa en la necesidad de que las entidades sean solventes y rentables a largo plazo, y la mejor manera de lograrlo es “implantar y garantizar, dentro de ciertos límites, que las primas respondan a los principios de

3. No será de aplicación lo previsto en el apartado anterior cuando el exceso de gastos sea debido a circunstancias excepcionales y que previsiblemente no vayan a seguir produciéndose en el futuro y así se acredite ante la Dirección General de Seguros

Art. 78

Peculiaridades de las bases técnicas en los seguros de vida.

1. La base técnica especificará el método de determinación del interés técnico a efectos del cálculo de la provisión de seguros de vida entre los previstos en este Reglamento, así como el utilizado en el cálculo de la prima. En el caso de que alguno de los recargos de gestión no exista por hallarse implícito en el tipo de interés garantizado, dicha circunstancia deberá explicitarse y cuantificarse.

La utilización de tipos de interés para el cálculo de las primas superiores a los máximos que resulten de las normas del presente Reglamento relativas al cálculo de la provisión de seguros de vida no podrá tener carácter sistemático y permanente.

En los supuestos contemplados en el apartado 2 del artículo 33 de este Reglamento, el interés técnico a utilizar en el cálculo de las primas deberá adecuarse a lo previsto en el mencionado artículo para el aplicable al cálculo de la provisión de seguros de vida.

En cualquier caso, las entidades aseguradoras que, en la parte relativa al ramo de vida, no tengan suficiencia del fondo de garantía, no tengan adecuadamente cubiertas las provisiones técnicas, no dispongan del margen de solvencia legalmente exigible o respecto de las cuales se hayan adoptado medidas de control especial, no podrán aplicar al cálculo de las primas de los nuevos compromisos un tipo de interés técnico superior al regulado en el apartado 1 del artículo 33 del presente Reglamento.

2. La entidad aseguradora deberá poner a disposición del público las bases y los métodos utilizados para el cálculo de las provisiones técnicas.

3. Además, las bases técnicas de los seguros de vida han de contener:

a) Los criterios de selección de riesgos que haya decidido aplicar cada entidad, determinando, entre otros, las edades de admisión, períodos de carencia, supuestos de exigencia de reconocimiento médico previo, número mínimo de personas para la aplicación de las tarifas de primas de los seguros colectivos o de grupo y módulos de fijación de capitales asegurados en estos seguros, en su caso.

b) Las fórmulas para determinar los valores garantizados para los casos de rescate, reducción de capital asegurado y anticipos. Los valores resultantes han de ser concordantes con los que figuran en las pólizas.

c) El sistema de cálculo utilizado y los criterios de imputación de la participación en beneficios a los asegurados, cuando se conceda, teniendo en cuenta los siguientes elementos:

1.º Las entidades aseguradoras podrán conceder a sus asegurados participación en los beneficios obtenidos, mediante el sistema que deseen, referido a los resultados técnicos, a los financieros o a la combinación de ambos.

2.º En las bases técnicas habrán de detallar el sistema que decidan y precisarán el modelo de cuenta y los criterios de imputación que permitan el cálculo y clara comprobación de tales resultados.

Art. 79

Peculiaridades de las bases técnicas de los seguros de decesos.

Las bases técnicas de los seguros de decesos deberán reflejar las modificaciones en la cobertura del asegurador ante evoluciones del coste del servicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, se utilizará, en la determinación de la prima y de la provisión del seguro de decesos, técnica análoga a la del seguro de vida, pudiéndose aplicar los principios de la capitalización colectiva.

Art. 80

Peculiaridades de las bases técnicas de los seguros de enfermedad.

Las entidades aseguradoras que operen en el ramo de enfermedad podrán utilizar tablas de morbilidad que definan el riesgo en función del sexo y de la edad. En este caso deberán utilizar, en la determinación de la prima, técnica análoga a la del seguro de vida, pudiéndose aplicar los principios de la capitalización colectiva. Lo anterior será igualmente de aplicación a la cobertura de los riesgos de asistencia sanitaria.

equidad y suficiencia, y en general, que las primas se funden en información estadística y en principios consagrados por la ciencia y la práctica actuarial (modelo actuarial del seguro)”⁶⁰.

D. Establecimiento de ficheros comunes

Esta posibilidad se encuentra regulada por el artº 24.3, párrafos. segundo, tercero y cuarto, de la Ley, en la nueva redacción dada a los mismos por Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999⁶¹. En dichos preceptos se establece la posibilidad de crear ficheros comunes con datos de carácter personal, tanto con la finalidad de liquidación de siniestros y la colaboración en la tarificación, selección de riesgos y elaboración de estudios, como con la de prevenir el fraude. Así, a tales efectos se dispone que:

1º. Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes que contengan datos de carácter personal para la liquidación de siniestros y la colaboración estadístico actuarial con la finalidad de permitir la tarificación y selección de riesgos y la elaboración de estudios de técnica aseguradora.

En este caso la cesión de datos a los citados ficheros no requerirá el consentimiento previo del afectado, pero sí la comunicación al mismo de la posible cesión de sus datos personales a ficheros comunes para los fines señalados con expresa indicación del responsable para que se puedan ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación previstos en la ley.

2º. También podrán establecerse ficheros comunes cuya finalidad sea prevenir el fraude en el seguro sin que sea necesario el consentimiento del afectado.

En este supuesto, cuando se produzca la primera introducción de datos será necesario comunicar al afectado quién es el responsable del fichero y de las formas de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

3º. No obstante lo anterior en determinados supuestos no se permite la falta de consentimiento previo del interesado y, así, se establece que, en todo caso, los datos relativos a la salud solo podrán ser objeto de tratamiento con el consentimiento expreso del afectado.

En relación con el tema comentado cabe señalar que en la medida en que la adecuada gestión de dichos ficheros pueda proporcionar una inferencia estadística de mayor seguridad en la valoración de los riesgos y, consecuentemente, en la fijación de las primas, se estará favoreciendo la posibilidad de mantener el equilibrio técnico entre siniestros y primas y con ello el cumplimiento del primer parámetro, y principio básico, de la solvencia de una entidad aseguradora que viene dado por la necesidad de la suficiencia de las primas para hacer frente a los siniestros. Por su parte el tratamiento adecuado de los ficheros cuyo fin es la prevención del fraude puede conseguir evitar

⁶⁰ Vid. PRIETO PÉREZ, Eugenio. “Modelo actuarial...”, en “Comentarios a la Ley de Ordenación...”. Op. cit. p.875.

⁶¹ Nueva redacción según disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

tales conductas impidiendo, en suma, que sean indemnizados siniestros que no corresponden y cuyo abono no haría sino incrementar la necesidad de recaudación de primas suficientes para hacer frente a los mismos. Tanto en un caso como en el otro estimamos que la correcta gestión de tales ficheros puede tener una influencia positiva en la solvencia de las entidades.

E. Régimen administrativo de pólizas, bases técnicas y tarifas

El régimen jurídico administrativo de tales documentos viene establecido por el artº 24.5 y 6 de la Ley. Dicho régimen se basa en las siguientes reglas:

1º. La *regla general* dispone que “*los modelos de pólizas, las tarifas de primas y las bases técnicas no estarán sujetos a autorización administrativa ni deberán ser objeto de remisión sistemática a la Dirección General de Seguros*”.

Tal declaración es una de las expresiones de la evolución del modelo de control en el sector asegurador, desde lo que se ha denominado un control *a priori* hasta el actual modelo de control *a posteriori*. Así, en lo que a este aspecto se refiere, la Ley de Ordenación de 1954 establecía la necesidad de autorización previa de las pólizas, bases técnicas y tarifas tanto al comenzar la actividad como al solicitar nuevos ramos o, incluso, al realizar modificaciones en las ya autorizadas; posteriormente la Ley de Ordenación de 1984 redujo la necesidad de autorización previa a los supuestos de autorización inicial de ramos o a los de solicitud de nuevos ramos, bastando en los demás casos su puesta a disposición del Ministerio; y con ello se llega a la situación de la actual Ley de Ordenación que no requiere, en ningún caso, la aprobación previa de tales documentos.

2º. No obstante la Ley también se establecen algunas *reglas especiales* cuya exigencia “*no podrá constituir para la entidad aseguradora condición previa para el ejercicio de su actividad*”. Tales reglas son las siguientes:

a) En los modelos de pólizas de seguros de suscripción obligatoria deberán estar a disposición de la Dirección General de Seguros en la forma que reglamentariamente se establezca.

b) En los contratos de seguro sobre la vida las bases técnicas utilizadas para el cálculo de las tarifas y de las provisiones técnicas deberán estar a disposición de la Dirección General de Seguros, con el fin de controlar el respeto a los principios actuariales, asimismo en la forma que reglamentariamente se establezca.

c) La Dirección General de Seguros podrá requerir la presentación, siempre que lo entienda pertinente, de los modelos de pólizas, tarifas de primas y las bases técnicas al objeto de controlar si respetan las disposiciones técnicas y sobre contrato de seguro.

3º. Las entidades aseguradoras conservarán la documentación a que se refiere este precepto en el domicilio social.

Cuando se trate de entidades españolas que operen en países del Espacio Económico Europeo la obligación de conservar la documentación queda referida a la

dirección de la sucursal (artº 55.6 de la Ley) y cuando se trate de entidades extranjeras de terceros países será también en el domicilio de dicha sucursal en España donde deberá conservarse la documentación ya que el primer párrafo de la Ley dispone que a dichas sucursales les es de aplicación el Título II de la misma, en el cual se encuentra ubicado su artº 24.

F. Facultades del Órgano de Control sobre pólizas, tarifas y estatutos

a. Establecimiento de las medidas en pólizas y tarifas

El primer inciso del artº 24.4 de la Ley dispone que *“la Dirección General de Seguros podrá prohibir la utilización de las pólizas y tarifas de primas que no cumplan lo dispuesto en los números 2 y 3”* de dicho artículo, a los que anteriormente se hizo referencia. Tal decisión tiene la naturaleza de “medida provisional” a tenor de lo previsto por el propio precepto.

Esta posibilidad de intervención de la Administración ha sido criticada, especialmente en lo referente a las pólizas, tanto por su posible interferencia en las exclusivas potestades jurisdiccionales como por la posibilidad de que el pronunciamiento de la Administración sobre el cumplimiento o incumplimiento de normas reguladoras de los contratos y sobre los contratos mismos (...) conducirían el posible litigio al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que habrá de pronunciarse en muchos casos sobre cuestiones de indudable naturaleza civil o mercantil.⁶²

No obstante, también cierto sector de la doctrina estima que si se parte de la base de que los afectados por una póliza de seguro requieren un especial protección y de que el propio sector, por sus especiales características, necesita un modo específico y singular de intervención administrativa tanto en amplitud como en intensidad, y tenemos en cuenta la disminución que la intensidad del control ha experimentado en este tema, anteriormente puesta de manifiesto, “no parece que haya otro modo de articular la vigilancia de la Administración sobre las pólizas que sea menos incisivo y, a la par, suficientemente eficaz”, pues partiendo de las anteriores premisas no cabe contemplar menos exigencias. Así mismo, ante la objeción de que las medidas que comentamos pueden desembocar en el pronunciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre materias civiles y mercantiles, ya que la misma debería establecer si las pólizas prohibidas se ajustan o no a la Ley de Contrato de Seguro, es necesario tener en cuenta que dicha jurisdicción resulta legalmente competente para ello ya que el artº 4.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, establece que la competencia de dicho orden jurisdiccional *“se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal y lo dispuesto en los Tratados*

⁶² Vid. la postura en este tema de informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de la Ley, en RENEDO OMAECHEVARRÍA, Manuel. “Génesis y tramitación parlamentaria de la ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados” , en “Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación...”, Op. cit., p. 31; y NUÑEZ LOZANO, María del Carmen. “Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, p. 204, nota 173. Marcial Pons. Madrid 1998.

internacionales”⁶³, si bien debe tenerse en cuenta que el n° 2 del citado precepto matiza la competencia señalada al disponer que “*la decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente*”.

b. Alcance de la prohibición de utilizar pólizas

Un aspecto que ni la Ley ni el Reglamento de Ordenación aclaran es el de la amplitud de efectos de la prohibición, referida tanto a si la misma afecta solo a los contratos futuros o también a los ya concertados en el momento de adoptar la medida (a efectos de las futuras renovaciones y también de las pólizas en vigor), como a si su influencia se proyecta sobre la póliza en su conjunto o solo sobre las cláusulas afectadas⁶⁴.

Respecto al primer punto cabe pensar que la prohibición debería recaer tanto sobre los posibles contratos futuros como sobre los ya existentes y, en este último caso, debería afectar no solo a futuras renovaciones por tácita reconducción sino también directamente a los propios contratos en vigor. Y ello, en principio, porque no tendría sentido aplicar la medida solo a la nueva producción a realizar a partir de la adopción de la misma y consentir que los contratos en vigor de la misma clase que componen la cartera, y constituyen la totalidad del volumen de pólizas inadecuadas a la Ley al adoptar la prohibición, continúen hasta el fin de su duración o sean renovados por la vía tácita sin afectarles la medida. Si solo fuese posible aplicar la medida administrativa a las pólizas futuras de nueva producción nos encontraríamos en una situación que haría posible renovar indefinidamente, de hecho, o mantener el vigor de relaciones jurídicas de larga duración (muy comunes en el ramo de vida) en pólizas afectadas por incumplimientos legales en su condicionado.

De ser así la eficacia de las atribuciones de supervisión se vería seriamente disminuida en claro perjuicio de los tomadores, asegurados, beneficiarios y posibles perjudicados afectados por las pólizas de cartera, los cuales quedarían vinculados por el mantenimiento de un contrato con cláusulas ilegales y verían incumplida la finalidad de “*tutelar los derechos de los asegurados*” establecida por el artº 1.1 de la Ley y también incumplidos los mandatos de la misma respecto a que el Ministerio de Economía “*protegerá la libertad de los asegurados para decidir la contratación de los seguros y el mantenimiento del equilibrio contractual en los contratos de seguro ya celebrados*” (artº 62.1) y “*velará por (...) la correcta aplicación de los principios propios de la técnica aseguradora*” (artº 70.1), principios que tanto se refieren a los propios de la técnica “*jurídica*” que disciplinan la redacción de los contratos, como a los propios de la técnica “*matemática*” que rigen, principalmente, la elaboración de las bases técnicas y tarifas.

En relación con lo anterior hubiera sido de desear que el Reglamento hubiera aclarado más esta materia, estableciendo, incluso, grados diferentes en la intensidad y alcance de la intervención administrativa en función de la importancia de la infracción observada en las pólizas. Y ello debido a que la prohibición de utilizar determinadas pólizas, interpretada en el sentido antes indicado, puede no ser una medida de fácil y rápida

⁶³ Vid. NUÑEZ LOZANO, María del Carmen. “Ordenación y Supervisión...”. Op. cit. p. 204 a 206.

⁶⁴ Vid. al respecto NUÑEZ LOZANO, María del Carmen. “Ordenación y Supervisión...”. Op. cit. p. 203.

aplicación práctica si afecta a un gran número de pólizas. No obstante conviene indicar al respecto que, quizás haciéndose cargo de la indicada dificultad, el artº 76.7 del Reglamento establece, según veremos más adelante, que en la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo deberá concederse *un plazo improrrogable de seis meses* para que la entidad aseguradora acomode sus pólizas a lo dispuesto en la Ley, plazo que puede ser suficiente para que la entidad tenga tiempo de proceder a la sustitución de las pólizas afectadas por la medida, plazo que si se une a la posibilidad de que, antes de incoar el procedimiento tendente a la prohibición, la Administración requiera a la entidad para que acomode las pólizas a la normativa nos sitúa en un planteamiento temporal de suficiente flexibilidad para que la entidad pueda llevar a cabo las adaptaciones necesarias.

En cuanto al segundo de los temas, el de si la medida de prohibición afectaría a toda la póliza o solo a las condiciones consideradas ilegales, y a la vista de que la Ley se refiere a prohibir la utilización de “pólizas” y no de cláusulas o condiciones creemos que hay suficiente base para considerar que la medida debe afectar a la póliza en su conjunto. Otra cosa es que la rectificación a llevar a cabo afecte solamente a las cláusulas que adolezcan de ilegalidad.

c. Procedimiento

La posibilidad de imponer la prohibición de pólizas y tarifas que, como se dijo, tiene naturaleza de medida provisional debe llevarse a cabo mediante la instrucción del preceptivo procedimiento administrativo específicamente incoado con dicha finalidad, circunstancias que vienen requeridas por la Ley cuando en el inciso segundo del artículo comentado establece que *“a estos efectos, se instruirá el correspondiente procedimiento administrativo en el que podrá acordarse como medida provisional la suspensión de la utilización de las pólizas o las tarifas de primas”*. Si bien se concede a la Dirección General de Seguros la facultad discrecional de que, antes de iniciarse el procedimiento tendente a la posible imposición de la prohibición, mediante otro procedimiento distinto se pueda instar a la entidad a que rectifique la inadecuación observada en las pólizas o tarifas afectadas por la misma, para lo cual la Ley dispone en el inciso tercero del indicado artº 24.4 que *“previamente a la iniciación del procedimiento administrativo en que se acuerde la referida prohibición, la citada Dirección General podrá, también a través de procedimiento administrativo, requerir a la entidad aseguradora para que acomode sus pólizas o tarifas de primas a los números 2 y 3”* de dicho artículo.

Desde el punto de vista procedimental el artº 76.7 del Reglamento establece que, *“a efectos”* de lo dispuesto en el artº 24.4 de la Ley, *“en la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo se concederá un plazo improrrogable de seis meses para que la entidad aseguradora acomode sus pólizas y tarifas de primas a lo dispuesto en la Ley y en el presente Reglamento”*, plazo cuya concesión es imperativa para la Administración.

Nos encontramos, pues, ante un régimen legal de prohibición no automático sino que, por el contrario el juego de la facultad discrecional de la Administración de previamente solicitar la corrección de las posibles infracciones legales y la obligatoriedad de conceder, al dictar la resolución de prohibición, un plazo de seis meses para efectuar dicha corrección, configuran la posibilidad de adopción de las

medidas previstas por la Ley con un alto grado de elasticidad para que las entidades puedan cumplir con lo establecido. No obstante para reforzar la eficacia de las medidas el artº 40.4.g de la Ley califica como infracción grave tanto la desatención del requerimiento como el incumplimiento de la prohibición que se regulan en el artº 24.4, lo cual ha hecho considerar a la doctrina que el citado requerimiento constituye realmente una orden y no un apercibimiento o “un simple aviso cuya desatención traiga consigo la prohibición formal de utilizar las pólizas y tarifas”⁶⁵.

No contiene el precepto referencia alguna expresa a la posibilidad de prohibir las bases técnicas que infrinjan las previsiones legales, pero ello estimamos que carece de significación toda vez que, a los efectos pretendidos por la Ley, basta con que la medida se adopte sobre las tarifas de primas que son la consecuencia directa e inmediata de aplicar las bases técnicas a cada riesgo en concreto.

Para finalizar este apartado debe indicarse que la posibilidad de intervención de la Administración en estos casos no impide que si la actuación irregular de la entidad infringe las disposiciones sobre defensa de la competencia pueda ser, además, de aplicación lo previsto en la legislación específica sobre la materia. Por ello el último inciso del artº 24.4 de la Ley aclara que el régimen expuesto por el mismo lo es “*sin perjuicio de la aplicación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos que en la misma se establecen, a las prácticas contrarias a la libertad de competencia*”.

d. Intervención sobre los Estatutos que infrinjan la normativa

El artº 24 de la Ley aunque, según quedó indicado, establece que los estatutos de las entidades deben ajustarse a la Ley, a sus disposiciones de desarrollo y, subsidiariamente, a la legislación que les sea aplicable según su naturaleza, no dispone ningún régimen de actuación de la Administración en el caso de que los mismos infrinjan la normativa.

Ello es debido a que, como se tratará en el capítulo III, a que los estatutos sociales están sometidos al control previo de la Administración ya que constituyen un requisito para la obtención y mantenimiento de la autorización, hasta el punto de que de acuerdo con el artº 6,5 de la Ley constituye causa de denegación de la autorización el que *los estatutos no se ajusten* a la misma.

También el artº 5 del Reglamento, cuya materia será tratada en el capítulo VI, establece que las modificaciones en los documentos que hayan servido de base para obtener la autorización deben ser notificadas a la Dirección General de Seguros y que, en el caso de que tales modificaciones impliquen dejar de cumplir alguno de los requisitos establecidos en la Ley y en el Reglamento para obtener la autorización, se procederá a incoar procedimiento de revocación por hallarse la entidad incurso en la causa prevista al efecto por el artº 25.1.c) de la Ley que establece tal medida cuando la entidad “*deje de cumplir alguno de los requisitos establecidos [por la Ley] para el otorgamiento de la autorización administrativa*”, al tiempo que la falta de remisión de los documentos pertinentes podrá constituir una infracción grave de las previstas por el

⁶⁵ NUÑEZ LOZANO, María del Carmen. “Ordenación y Supervisión...”. Op. cit. p. 203 y nota 170..

artº 40.f) de la Ley. Todo ello implica que la Ley y el Reglamento otorgan a la Administración facultades de control sobre el contenido de los estatutos, tanto en el momento de la autorización como en futuras modificaciones de los mismos, que hacen innecesario arbitrar un sistema similar al establecido para pólizas y tarifas toda vez que estos últimos documentos no deben aportarse en el procedimiento de autorización previa ni ser remitidas posteriormente sus modificaciones.

5.2.3. La Inspección de Seguros

A. Antecedentes

El término “Inspección de Seguros” que actualmente, como más adelante se indicará, tiene un contenido funcional pero no orgánico fue utilizado inicialmente para designar al órgano administrativo de control.

Así, el artº 25 de la Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908 dispuso que “se crea en el Ministerio de Fomento un Centro denominado *Inspección de Seguros*, bajo la dirección de un Comisario general”. Por su parte el Reglamento Provisional de dicha Ley, aprobado por Real Decreto de 26 de julio de 1908, mantuvo la misma concepción de carácter orgánico a lo largo de su articulado (especialmente en su Capítulo V, artículos 94 a 112, relativo al “*Objeto y organización de la Inspección de Seguros*”), con alguna pequeña excepción como la del artº 22, *in fine*, en que se habla de la “Inspección general de Seguros”. A su vez el Reglamento definitivo de dicha Ley de 2 de febrero de 1912 establecía en su artº137 disponía que “La inspección y vigilancia de las (...) Entidades aseguradoras (...) se efectuará bajo la dirección de un Comisario general, por medio de la *Inspección de Seguros, como organismo técnico y administrativo*”, estableciendo su artº 147 los servicios en que quedaba organizado el organismo. No obstante lo anterior en el Reglamento de Régimen Interior aprobado por el Comisario general con fecha 19 de diciembre de 1912 se modificó la denominación del órgano que asumió la de “*Comisaría general de Seguros*” cuya organización de servicios venía regulada por los artículos 17 y siguientes de dicho Reglamento.

Posteriormente, por Real Decreto de 9 de junio de 1924, al pasar las competencias sobre los seguros privados al Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, el órgano de control pasa a denominarse *Jefatura Superior de Comercio y Seguros*, organizada en Secciones de las cuales la sección 4ª recibía la denominación de *Inspección Mercantil y de Seguros*, aunque el término “inspección” desaparece de la denominación del órgano de supervisión.

Dicho término vuelve a aparecer en la denominación del órgano cuando por Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929 las competencias son atribuidas al Ministerio de Trabajo y Previsión, creándose la *Inspección general de Previsión* constituida, aparte de la unidad de “servicios especiales”, por la Subinspección de *Seguros* y la de *Ahorro*. Por Real Decreto-Ley de 2 de mayo de 1930, el organismo pasa a denominarse *Inspección general de Seguros y Ahorro*, que por Decreto de 18 de diciembre de 1931 pasa a denominarse *Servicio de Inspección de Seguros y Ahorros*, dependiente de la Subsecretaría de Trabajo y Previsión a la cual, en principio, se le transferían las facultades del anterior Inspector general.

Por Ley de 30 de junio de 1934 se traspasan las competencias al Ministerio de Hacienda y por Decreto de 13 de octubre de 1934 se crea la *Dirección general de Seguros y Ahorro*, la primera de cuyas cuatro secciones recibió la denominación de *Inspección y Contabilidad*. Por Decreto de 28 de septiembre de 1935 se suprime dicha Dirección general y se traspasan las competencias a la *Dirección general del Tesoro y Seguros*, y por Decreto de 2 de marzo de 1938 se crea en el referido Ministerio el *Servicio Nacional de Seguros* con las competencias de la Comisaría a que se refería la Ley de 1908, servicio que por Ley de 8 de agosto de 1939 pasó a denominarse *Dirección general* (de Seguros) al igual que el resto de Servicios Nacionales de la Administración Central.

La Ley sobre Ordenación de los Seguros Privados de 16 de diciembre de 1954 atribuye las facultades de inspección a la *Dirección General de Seguros y Ahorro*. Por Decreto de 10 de mayo de 1957 se crea la *Dirección general de Banca, Bolsa e Inversiones*, en la que se crea la *Subdirección general de Seguros*; por Decreto de 15 de noviembre de 1962 se crea la *Dirección General de Seguros*, que fue suprimida por Decreto de la Presidencia del Gobierno de 27 de noviembre de 1967 traspasando sus competencias a la *Dirección General del Tesoro y Presupuestos*, en cuyo seno se crea la *Subdirección General de Seguros*, la cual, por Decreto de 11 de febrero de 1971 es adscrita a la *Dirección General de política Financiera*. Finalmente, por real Decreto de 1 de octubre de 1976 se creó nuevamente la *Dirección General de Seguros*, órgano al cual atribuyen las facultades de inspección las Leyes de Ordenación de 2 de agosto de 1984 y de 8 de noviembre de 1995.

La Ley de 1984 si bien rubrica su artículo 46 con el título de “La Inspección de Seguros” dispone, no obstante, que las personas físicas o jurídicas sometidas a la Ley quedan sujetas “a la *Inspección del Ministerio de Economía y Hacienda*” e idéntica terminología utiliza el artº 129 de su Reglamento, con lo cual la referencia a la “Inspección de Seguros” queda reducida a las rúbricas de los indicados preceptos sin otro tipo de alcance.

La Ley de 1995 en su artº 72, titulado “Inspección de Seguros”, sí hace un mayor uso del término en su texto ya que el nº 1 establece que las entidades aseguradoras y demás personas y organizaciones enumeradas en el artículo 2 de la Ley “*están sujetas a la Inspección de Seguros*”, haciendo varias veces a lo largo de su contenido referencia a “actuaciones de inspección de seguros” (nº 3), y “funcionarios de la Inspección de Seguros” (ns. 3 y 4).

Podemos concluir al respecto que salvo en determinados momentos en los que el órgano de control y vigilancia es denominado como “Inspección” (*Inspección de Seguros* –5/1908 a 12/1912-; *Inspección general de Previsión* –7/1929 a 5/1930- , *Inspección general de Seguros y Ahorro* –5/1930 a 12/1931-, *Servicio de Inspección de Seguros y Ahorros* –12/1931 a 6/1934-) en el resto de su andadura la Inspección ha quedado integrada en el organigrama del órgano como uno más de sus servicios, aunque eso sí como el más característico de ellos.

Con ello nos encontramos ante una consideración de la actividad de inspección como actividad funcional, desde mi punto de vista la principal, del Órgano de Supervisión. Naturaleza esta que mantiene la Ley de Ordenación vigente, aunque con el tratamiento que la misma da a la “Inspección de Seguros”, según quedó indicado anteriormente, pensamos

que se trata de recuperar en cierta medida la visión institucional y unitaria de la actividad inspectora que se encontraba plasmada en la Ley de 1908 al denominar al órgano con ese mismo nombre..

B. Concepto

A la vista de lo anterior y del régimen legal dado a la Inspección, según veremos más adelante, podría definirse la Inspección de Seguros como la *función de investigación y comprobación del Órgano de Control, realizada sobre las personas físicas, jurídicas y grupos de sociedades sometidas a la legislación reguladora de los seguros privados, incluidos los fondos y planes de pensiones, llevada a cabo por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado y sus colaboradores, función que, con carácter general o referida a cuestiones determinadas, podrá versar sobre la situación legal, técnica y económico-financiera, así como sobre las condiciones en que ejercen su actividad los sujetos sometidos a la misma.*

La Inspección así considerada es una función del Órgano, una actividad material del mismo llevada a cabo de acuerdo con los requisitos personales, competenciales y de procedimiento establecidos por la propia normativa reguladora del sector de los seguros privados, incluidos los mediadores y los planes y fondos de pensiones. Dicha actividad se desarrolla mediante la realización *in situ* de las comprobaciones pertinentes y, como antes se indicó, consideramos que es la piedra angular en el ejercicio de las facultades y competencias que la normativa otorga al Órgano de Control sobre la supervisión del sector. La Inspección de Seguros, si siempre desempeñó una labor crucial como único modo de poder conocer de primera mano la situación de los sujetos inspeccionados, en la actualidad cobra una especialísima significación e importancia en modelos de control como el vigente, basado fundamentalmente en un sistema de supervisión *a posteriori*, con los mínimos requisitos sometidos a autorizaciones previas y centrado en la solvencia de las entidades, que incide más en el establecimiento claro y minucioso de las reglas de actuación cuyo cumplimiento habrá de ser comprobado por la Administración durante el ejercicio de la actividad.

C. Ámbito subjetivo de la Inspección

El primer párrafo del artº 72.1 de la Ley establece que están “sujetas a la “Inspección de Seguros” *“las entidades aseguradoras y demás personas y organizaciones enumeradas en el artículo 2”* de la propia Ley, con lo cual se encuentran sometidas a dicha Inspección, además de las entidades aseguradoras, las personas físicas o jurídicas que desempeñen cargos de administración o dirección de las entidades, los profesionales o entidades encargados de la suscripción de determinados documentos, y aquellas personas para las que se establezca alguna prohibición o mandato en relación con el ámbito objetivo de la Ley regulado en su artº 3.

Pero, además, del anterior ámbito subjetivo de la Inspección que podríamos denominar como ordinario por afectar, en general, a personas físicas o jurídicas que realizan actividades para las que legalmente se encuentran habilitados, también se establece en la Ley un ámbito subjetivo calificable como extraordinario al referirse a entidades o personas que, en principio, se pueda sospechar que llevan a cabo operaciones que inciden en el ámbito del control, bien por su participación presunta en

un grupo de entidades o por realizar las habitualmente conocidas como operaciones clandestinas de seguro. A tales efectos el párrafo segundo del citado precepto dispone que quedan así mismo sometidas a la Inspección de Seguros “*las entidades que se presume forman grupo con una entidad aseguradora, a efectos de determinar su incidencia en la situación jurídica, financiera y económica de la entidad aseguradora, y quienes realicen operaciones que puedan, en principio calificarse como de seguros, para comprobar si ejercen la actividad sin la autorización administrativa previa*”.

Para completar el ámbito subjetivo de competencias de la Inspección de Seguros debemos hacer mención a que, además de lo preceptuado al efecto por la Ley de Ordenación, también “se encuentran sujetos a la Inspección del Ministerio de Economía”, a través de los funcionarios antes citados, las personas físicas o jurídicas que ejerzan la actividad de mediación en seguros privados, según dispone al efecto el artº 24.2 de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados, así como las Entidades Gestoras y los Fondos de Pensiones, en virtud de la dispuesto por el artº 24.2, primer párrafo, de la vigente Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, cuyo texto refundido ha sido aprobado por R. D. Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre⁶⁶, precepto el citado que declara aplicable en este tema lo establecido por el artº 72 de la Ley de Ordenación.

D. Ámbito objetivo

En cuanto al objeto sobre el que puede versar la actividad inspectora, el artº 72.2 de la Ley de Ordenación concreta que la inspección podrá versar *sobre la situación legal, técnica y económico-financiera, así como sobre las condiciones en que ejercen su actividad (...) y todo ello con carácter general o referido a cuestiones determinadas*”, estableciéndose, en consecuencia un amplísimo campo en cuanto al contenido de las comprobaciones, que como el propio precepto indica tiene como finalidad garantizar que el Ministerio de Economía “*pueda desempeñar adecuadamente*” las competencias que le atribuye el artículo 71 de la Ley.

En el caso de los Mediadores de Seguros Privados, el artº 24.2, segundo inciso, de la Ley 9/1992 se manifiesta en términos idénticos a los de la Ley de Ordenación y en cuanto se refiere a las Entidades gestoras y Fondos de Pensiones, ya hemos indicado anteriormente que el artº 24 del R.D. Legislativo 1/2002, declara aplicable en su totalidad el artº 72 de la Ley de Ordenación, con lo cual el ámbito objetivo de la Inspección en los tres textos legales es el mismo.

E. Funcionarios competentes para realizar las actuaciones inspectoras

A la vista de las disposiciones legales más adelante expuestas puede decirse que la Inspección de Seguros está integrada por funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado, al Cuerpo de Gestión de la Hacienda

⁶⁶ BOE de 13 de diciembre de 2002. Dicho Texto Refundido, que deroga la anterior Ley 8/1987, de 8 de junio, se ha publicado en cumplimiento de lo dispuesto por el artº 32.18 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y a la vista de las modificaciones introducidas en la Ley 8/1987 por la Ley de Ordenación de 1995; las Leyes 50/1998, de 30 de diciembre, 14/2000, de 29 de diciembre y 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

Pública, así como por funcionarios expertos informáticos. Los funcionarios de Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado son los que ostentan las atribuciones inspectoras con carácter originario, mientras que los demás podrán actuar como colaboradores del inspector o inspectores actuantes siempre y cuando fuesen designados por la correspondiente orden de inspección y presten sus servicios en la Dirección General de Seguros.

Así, el artº 72.3 de la Ley, en relación con el 113.1 del Reglamento de Ordenación disponen que las actuaciones de inspección de seguros “*se realizarán*” por los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado y que los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Gestión de la Hacienda Pública, y los funcionarios expertos informáticos, “*sólo podrán realizar actuaciones inspectoras en los términos que se determinen en el Reglamento*”, el cual establece en el segundo inciso de su artº 113.1 que estos últimos funcionarios “*podrán colaborar con el inspector o inspectores actuantes*” siempre que desempeñen puestos de trabajo en la Dirección General de Seguros y figuren designados en el acuerdo que inicia el procedimiento de supervisión por inspección.

En consecuencia, los funcionarios responsables de las actuaciones inspectoras serán los que ostentando la cualidad de Inspector de Seguros del Estado sean designados en la correspondiente orden de inspección, ya que, de acuerdo con el artº 113.2 del Reglamento “*la firma del acta de inspección (...) ya sea previa o definitiva, corresponderá a los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado*”. Por ello podemos considerar que la orden de inspección debe, en todo caso, atribuirse a uno o más Inspectores de Seguros del Estado ya que son los únicos legitimados para firmar las actas de inspección, cualquiera que sea su clase, y ello con independencia de que, además, puedan designarse en dicha orden otros funcionarios colaboradores de los Inspectores de Seguros del Estado.

No obstante lo anterior debe entenderse que todos los funcionarios anteriormente referidos forman parte de la Inspección de Seguros a los efectos de lo prevenido por el artº 72.3, *in fine*, de la Ley cuando establece que “*los funcionarios de la Inspección de Seguros, en el desempeño de sus funciones, tendrán la condición de Autoridad pública y vendrán obligados al deber de secreto profesional, incluso una vez terminado el ejercicio de su función pública.*”

F. Excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora.

El Reglamento de Ordenación regula en su artº 115 una serie de supuestos en los que puede producirse situaciones que dificulten la labor de la inspección y sean causadas por las personas o entidades afectadas por la misma. Es lo que el texto reglamentario califica como *excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora*, conductas que son concretadas mediante un *tipo general* de las mismas y varios *tipos concretos*.

El *tipo general* de actuación indicado viene establecido por el nº 1 del citado artº 115 el cual considera “*excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora*” “*toda acción u omisión de la entidad o personas con quienes se entiendan las actuaciones, que tienda a dilatar indebidamente, entorpecer o impedir éstas*”.

Los *tipos concretos* de actuación se regulan en el nº 2 de dicho precepto, el cual dispone que *en particular*, se considerarán excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora:

a) Las actuaciones que tiendan a *dificultar* la *entrega* inmediata, al representante de la entidad o a la persona inspeccionada, o a sus agentes o empleados, del *acuerdo de iniciación* del procedimiento de supervisión por inspección, de las *diligencias* extendidas durante la actividad inspectora, de las *actas* previas o definitivas, o de cualquier comunicación escrita de la Dirección General de Seguros o de los funcionarios a quienes se encomienden las actuaciones de comprobación.

b) La *incomparecencia* de la persona requerida por la inspección, con arreglo a las leyes vigentes, en el lugar, día y hora que se le hubiese señalado en tiempo y forma para la iniciación, desarrollo o terminación de las actuaciones, salvo que medie causa suficiente que sea debidamente justificada.

c) La *negativa* a *exhibir* los *libros*, registros y documentos de llevanza y conservación obligatorias.

d) La *omisión o negativa* a facilitar los *datos*, informes, justificantes y antecedentes que sean requeridos por la inspección, así como la *alteración o manipulación* de los mismos.

e) *Negar o dificultar* indebidamente el *acceso* o la *permanencia* de la inspección en el domicilio social, las agencias, sucursales, locales y oficinas donde se desarrolle actividad de la entidad o persona inspeccionada o se encuentre la documentación requerida, así como obstaculizar la localización de dichos lugares.

f) Las *actitudes* que supongan *amenazas o coacciones* a la inspección, o que *dilaten* indebidamente *las comprobaciones* inspectoras.

G. Duración de las actuaciones inspectoras

Las actuaciones inspectoras, en sí mismas, no tienen establecido un plazo legal para su desarrollo, lo cual es un planteamiento lógico dada la variedad de supuestos en que puede tener que desarrollarse la inspección cuya dificultad, y en consecuencia el tiempo necesario para llevarla a cabo, puede revestir grados de intensidad muy variables. Así, el segundo inciso del artº 72.7.e) de la ley dispone que “*las actuaciones inspectoras previas al levantamiento del acta tendrán, desde el acuerdo de la Dirección General de Seguros por el que se ordene la inspección, la duración que sea precisa para el adecuado cumplimiento del mandato contenido en la orden de inspección*”.

Lo anterior implica que, dentro del procedimiento de supervisión por inspección, el límite legal de seis meses establecido para su tramitación solo afecta a la fase del mismo que se abre una vez notificada el acta de inspección, según dispone, como veremos, el artº 72.7.e) de la Ley.

No obstante ello no significa que la inspección pueda demorarse injustificadamente ya que, como veremos, la misma no solo acaba con el levantamiento

del acta, sino que puede también finalizar por el transcurso de seis meses sin actuación inspectora alguna, por causas no imputables a la entidad o persona inspeccionada, o por acuerdo de la Dirección General de Seguros en virtud del cual no se estime necesario continuar las comprobaciones inspectoras (artº 118 del Reglamento), lo cual permite que, ante una hipotética actitud pasiva de la inspección, el transcurso del plazo indicado o la intervención del propio Órgano de Control puedan dar por terminadas las actuaciones inspectoras.

H. Deber de comunicación

El Reglamento de Ordenación impone a los representantes legales de las entidades inspeccionadas la obligación de informar y comunicar las actas de inspección y la resolución de la Dirección General de Seguros que recaiga sobre las mismas, a sus Consejos de Administración o equivalentes, así como a las Juntas o Asambleas Generales, exigencia tradicional en nuestro Derecho del Seguro Privado que, con ciertas variantes, ya venía recogida por el artº131.6 del Reglamento de Ordenación de 1985, el artº 40 de la Ley de Ordenación de 1954, el artº 166 del Reglamento de 1912 y el artº 105 del Reglamento provisional de 1908.

Tal obligación y deber de comunicación, en su formulación actual, vienen establecidos por el artº 119 del Reglamento cuando dispone que *“los representantes legales de las entidades inspeccionadas deberán dar cuenta del acta de inspección y de la resolución de la Dirección General de Seguros al Consejo de Administración u órgano similar, en la primera reunión que celebre después de aquéllas. Igualmente deberán dar cuenta de tales documentos a la Junta general o Asamblea general cuando así lo disponga la citada resolución”*.

I. El procedimiento de supervisión por inspección

Cuando el procedimiento administrativo de supervisión se realice mediante actuaciones de inspección, el artº 72.7 de la ley establece una serie de normas especiales para el mismo. Tales normas conforman un procedimiento especial en el que la iniciación se efectúa siempre de oficio y la fase de instrucción se caracteriza por contener toda la actividad investigadora de la Administración llevada a cabo mediante las actuaciones inspectoras. Seguidamente comentaremos dicho procedimiento siguiendo el modelo de ordenación de trámites establecido por la Ley de Procedimiento Administrativo de 26 de noviembre de 1992, para lo cual lo dividiremos en las tradicionales fases de *iniciación, instrucción y terminación*.

1ª fase: Iniciación

Los arts. 72.7.a) de la ley y 112 del Reglamento disponen al efecto que el procedimiento administrativo de supervisión por inspección se iniciará *“por acuerdo de la Dirección General de Seguros”*, señalando el precepto reglamentario que el acuerdo de la Dirección General *“se notificará a la entidad o a la persona inspeccionada”*.

En el acuerdo, señala el artº 72 de la Ley, *“se determinarán los aspectos que han de ser objeto de inspección”*, requisito prácticamente reproducido por el art 112 del Reglamento cuando establece que en el acuerdo *“se hará constar el objeto de las*

comprobaciones a desarrollar”, si bien dicho precepto añade que en el acuerdo *“se identificará a quienes se encomienden las actuaciones inspectoras”*

Exige, por tanto, la normativa, que el procedimiento se incoe de oficio mediante el correspondiente acuerdo que deberá ser notificado a la persona o entidad objeto de inspección y deberá contener la identificación del inspector o inspectores actuantes y, en su caso, sus colaboradores y poner de manifiesto el objeto de la inspección. Pensamos que esta última exigencia no encierra ningún tipo de limitación para la Administración a la hora de establecer el objeto de las actuaciones inspectoras, el cual puede ser planteado con *“carácter general o referido a cuestiones determinadas”*, según quedó indicado anteriormente, pudiendo ser las ordenes de inspección tanto de carácter general como orientadas a comprobaciones de temas específicos. El precepto lo que creemos que introduce es una garantía de seguridad para que los interesados puedan conocer el alcance de las actuaciones ordenadas por la Administración.

2ª fase: Instrucción

La fase de instrucción está formada por dos periodos de tramitación sucesiva: el periodo de inspección y el periodo de alegaciones.

a. Periodo de inspección

Como quedó indicado anteriormente la inspección comprende una serie de actuaciones de comprobación que tienen un contenido objetivo que las delimita y que deben ser realizadas, generalmente, *in situ* cerca de los sujetos sometidos a la misma y con arreglo a unas normas determinadas.

a'. Actuaciones de inspección: contenido material y lugar de realización

A tales efectos el último párrafo del artº 72.3 de la ley establece, como norma de carácter general, que para el correcto ejercicio de sus funciones los inspectores *“podrán examinar toda la documentación relativa a las operaciones de la entidad aseguradora (...) viniendo aquélla obligada (...) a darles las máximas facilidades para el desempeño de su cometido”*. Para garantizar el cumplimiento de lo anterior el citado precepto establece también que los inspectores podrán, *“pedir que les sea presentada o entregada copia [de la documentación examinada] a efectos de su incorporación al acta de inspección”*, a lo cual viene obligada la entidad, si bien, dicho precepto también prevé que *“si la persona o entidad inspeccionada tuviere motivos fundados, podrá oponerse a la entrega de copia de la documentación, aduciendo sus razones por escrito para su incorporación al Acta”*.

Por lo que se refiere al lugar en que debe realizarse la actividad material de la inspección, el primer párrafo del artº 72.4 de la Ley dispone que los *“actos de inspección”* pueden llevarse a cabo *“indistintamente en el domicilio social de la entidad aseguradora, en cualquiera de sus sucursales, en donde realice total o parcialmente la actividad aseguradora y en las oficinas de la Dirección General de Seguros, cuando los elementos sobre los que haya de realizarse puedan ser en ellas examinados*. En lo relativo al lugar de realización de las comprobaciones el Reglamento, en su artº 114.1, además del domicilio se refiere al desarrollo de las mismas en otras dependencias tales

como “agencias, sucursales, delegaciones, oficinas, locales, o en cualquier otro lugar donde se desarrolle actividad de la entidad o persona inspeccionada o se encuentre la documentación requerida”, quedando así libre el acceso de la inspección en cualesquiera dependencias del sujeto sometido a inspección, con la condición de que en las mismas se desarrolle la actividad propia del mismo o se encuentre en ellas la documentación necesaria para dar cumplimiento al objeto de la inspección y llevar a cabo las comprobaciones inspectoras.

Lo normal será que la actuación inspectora se desarrolle en el domicilio social de la entidad, que es donde debe conservarse la documentación fundamental referida a la actividad (artº 10.2 del Reglamento), aunque en determinados casos pueda llevarse a cabo en las sucursales u otras dependencias de la misma, cuando el caso lo requiera, o en las propias oficinas de la Dirección General de Seguros si el caso lo permite.

El principio general de que las actuaciones inspectoras han de realizarse en el domicilio de las entidades y personas inspeccionadas o en sus sucursales obliga a que los funcionarios inspectores tengan libre acceso a tales dependencias. Por ello el segundo párrafo del artº 72.4 de la ley establece que “*los funcionarios de la Inspección de Seguros tendrán acceso al domicilio social y a las sucursales, locales y oficinas en que se desarrollen actividades por la entidad o persona inspeccionada*”, lista de dependencias a la que el Reglamento, como hemos visto, añade las *agencias, delegaciones, o cualquier otro lugar* en que se realice actividad o se encuentre la documentación necesaria.

No obstante también prevé dicho precepto que pueda haber oposición por parte de los sujetos inspeccionados a permitir el acceso de los inspectores a sus dependencias y, en tal caso, dispone que “*tratándose del domicilio [los inspectores] precisarán de la pertinente autorización judicial y, en el caso de otras dependencias, de la del Director General de Seguros*”. El primer supuesto constituye una expresión del derecho fundamental de inviolabilidad del domicilio, reconocido por el artº 18.2 de nuestra Constitución, el cual, además, establece que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito” razón por la cual en el supuesto comentado se requerirá la solicitud formal del preceptivo mandamiento judicial, con la consiguiente dilación del procedimiento. En el segundo supuesto al no tratarse del domicilio basta la autorización del Director General y puede evitarse la dilación comentada si la orden de inspección habilita expresamente *ab initio* para acceder a sucursales, oficinas o dependencias que no tengan la consideración de domicilio.

b'. Desarrollo de las actuaciones inspectoras.

En lo que atañe al desarrollo material de las actuaciones inspectoras el artº 114 del Reglamento establece las tres siguientes obligaciones, dos que afectan a las personas o entidades sujetas a inspección y una a las autoridades y empleados públicos:

1º. Auxilio material a la inspección por parte del inspeccionado

De acuerdo con lo dispuesto por el artº 114.1 del Reglamento, siempre que las actuaciones inspectoras no se realicen en las oficinas de la Dirección General de Seguros,

la entidad o persona inspeccionada tiene la obligación de proveer a la inspección de los medios materiales necesarios para llevar a cabo su cometido. Por ello dicho precepto dispone que el inspeccionado “*pondrá a disposición de la inspección el espacio físico y los medios auxiliares necesarios para facilitar la realización de las citadas actuaciones*”.

2º. Solicitud de información a terceros

El nº 2 del referido artº 114 autoriza a la inspección para que pueda “*requerir a la entidad o persona inspeccionada que envíe comunicaciones a terceros solicitando aclaraciones o informaciones con la finalidad de confirmar saldos o determinar la veracidad de los hechos manifestados por la entidad o persona inspeccionada, la autenticidad de los documentos exhibidos a la inspección, o el alcance y las consecuencias de determinadas operaciones*”. Previsión esta lógica si se tienen en cuenta que las comprobaciones a efectuar pueden revestir gran complejidad y que, en muchas ocasiones, la justificación y aclaración de las causas y procesos que han dado lugar a determinadas operaciones y actuaciones no encuentran su explicación en los medios documentales y personales de la propia entidad o persona inspeccionada, lo cual obliga a que la actuación investigadora deba solicitar la colaboración de otras personas o entidades (entidades financieras, notarías, registros públicos, etc.) que puedan aportar datos e información para aclarar la realidad de los hechos, operaciones y documentos sometidos a comprobación inspectora.

La inspección, en el caso de que estime oportuno requerir al sujeto inspeccionado la solicitud de información a terceros, “*podrá exigir que el texto de la comunicación cuente con su aprobación previa y que, en su caso, la contestación a la misma sea remitida directamente a la Dirección General de Seguros*”, facultades discrecionales que la inspección podrá utilizar cuando desee asegurarse de la claridad y suficiencia del contenido de las comunicaciones, para una mayor eficacia de lo actuado y cuando sea conveniente, por razones celeridad, seguridad o confidencialidad que la contestación sea directamente puesta en conocimiento del Órgano de Control.

3º. Auxilio a la inspección por parte de autoridades y funcionarios

También impone el artº 114.3 del Reglamento la obligación de que las autoridades y funcionarios públicos presten a la inspección la colaboración o ayuda que pueda resultar necesaria. A tal efecto dicho precepto dispone que “*las autoridades, cualquiera que sea su naturaleza, los Jefes o Encargados de oficinas del Estado y de los demás entes públicos territoriales y quienes en general ejerzan funciones públicas deberán prestar a la inspección, a instancia de ésta o de la Dirección General de Seguros, el apoyo, concurso, auxilio y protección que sean precisos*”.

Como se ve, la obligación de ayuda y colaboración solo surgirá previa petición expresa por parte de la inspección o de la propia Dirección General de Seguros. En cuanto a la forma de la petición pensamos que si bien lo normal es que deba hacerse por escrito, en algunas ocasiones, por razones de urgencia, puede ser suficiente la solicitud verbal si las circunstancias impiden o desaconsejan la petición escrita, con independencia de que posteriormente quede documentado según proceda. Conviene tener en cuenta a tales efectos que las necesidades de ayuda y colaboración (de *apoyo*,

concurso, auxilio y protección habla el Reglamento) pueden dar lugar a un amplio abanico de posibilidades y a una gran casuística de situaciones que pueden ir desde la simple necesidad de medios materiales solicitable en una oficina pública hasta el requerimiento de la presencia de las Fuerzas de Seguridad si el caso lo requiere.

b'. Documentación de las actuaciones inspectoras. Diligencias. El acta de inspección: clases y contenido

Las actuaciones inspectoras deben quedar expresadas en los dos tipos de documentos que a continuación se comentan, las diligencias, si procede, y las actas.

1º. Diligencias

Las diligencias constituyen la manera de dejar constancia escrita de hechos comprobados a lo largo del desarrollo de la inspección, declaraciones de las personas intervinientes o decisiones de la inspección, cuya puesta de manifiesto no deba esperar al levantamiento de un acta. Pueden constituir la constatación de un hecho o servir, además, de impulso al procedimiento. Las diligencias pueden ser realizadas recabando el concurso de las personas necesarias o bien, si fuese necesario, únicamente por la inspección.

La materia se encuentra regulada por el artº 116 del Reglamento, el cual dispone al respecto que la inspección podrá extender diligencias para hacer constar:

- los *hechos o circunstancias* que se pongan de manifiesto durante el curso de las actuaciones inspectoras,
 - las *manifestaciones* de las personas con quienes se entienden dichas actuaciones
- y,
- la formulación de *requerimientos* a la entidad o persona inspeccionada.

Establece, además, el precepto ciertas normas de carácter formal para la realización de las diligencias, tanto cuando la diligencia se lleva a cabo con el concurso de persona determinada como cuando es realizada únicamente por la inspección. Así, se dispone al respecto que:

- De las diligencias que extienda la inspección se entregará un ejemplar a la persona con quien se entiendan las actuaciones. Si ésta se negare a recibirla, se le remitirá por cualquiera de los medios admitidos en Derecho, y si se negare a firmar la diligencia, o no pudiera, se hará constar en la misma esta circunstancia, sin perjuicio de la entrega a dicha persona del duplicado correspondiente.

- Cuando la naturaleza de las actuaciones inspectoras cuyo resultado se refleje en una diligencia no requiera la presencia de una persona con quien se entiendan tales actuaciones, o dicha persona se encontrare ausente, la diligencia se firmará únicamente por la inspección, y se remitirá un ejemplar de la misma al interesado con arreglo a Derecho.

2º. El acta de inspección: concepto, clases y contenido

El acta de inspección puede ser definida como el *conjunto documental, constituido por el cuerpo del acta y, en su caso, las diligencias y anexos, en el que se hacen constar los hechos comprobados por la actuación inspectora, y se formulan las propuestas pertinentes.*

Se trata de la principal forma de documentar las actuaciones inspectoras y la única que, cuando es definitiva, tiene la capacidad de dar por finalizadas tales actuaciones.

El artº 72.5 de la Ley establece que *“la actuación inspectora se documentará en actas de inspección, que podrán ser definitivas o previas”*. Por acta definitiva debe entenderse aquella que se pone fin a la actuación de la inspección y se considera cumplido el mandato contenido en el acuerdo u orden de inspección dictado por la Dirección General de Seguros.

Las actas también pueden tener naturaleza de “previas” cuando se hubieran puesto de manifiesto hechos que por sí mismos puedan impulsar el procedimiento y sean suficientes para que la Administración pueda adoptar las resoluciones que procedan, y no sea aconsejable esperar al levantamiento del acta definitiva para dejar constancia de los mismos. A tal efecto el precepto indicado establece que *“se levantarán actas de inspección previas cuando de las actuaciones inspectoras resulten elementos suficientes para tramitar el procedimiento de supervisión por inspección, si la espera hasta la formulación del Acta definitiva pusiera en peligro la tutela de los intereses de los asegurados, o la actitud de la entidad o persona inspeccionada u otras circunstancias concurrentes en la instrucción de la inspección así lo aconsejasen”*.

Las actas de inspección, sean previas o definitivas, deben reflejar un contenido mínimo determinado, el cual viene establecido por el artº 72.6 de la Ley, cuando dispone que en las actas de inspección se reflejarán, en su caso:

- Los *hechos* constatados por el Inspector actuante que sean relevantes a efectos de la calificación jurídica de la conducta o actividad inspeccionada.
- La *situación legal y económico-financiera* derivada de las actuaciones realizadas por la inspección.
- Las *causas* que pudieran determinar la revocación de la autorización, la disolución administrativa, la adopción de medidas de control especial, así como la imposición de sanciones administrativas.
- La *propuesta* de revocación de la autorización, de disolución administrativa de la entidad aseguradora o de adopción de medidas de control especial.

También dispone el precepto indicado que *“formarán parte del acta de inspección, a todos los efectos, los Anexos de la misma y las diligencias extendidas por el Inspector actuante durante su actividad comprobadora”*, con lo cual las diligencias que hayan podido realizarse a lo largo de las actuaciones y los anexos documentales necesarios para la comprensión de los hechos, manifestaciones y propuestas contenidas en el cuerpo del acta ostentan la misma naturaleza de ésta a efectos de la continuación del procedimiento y de la adopción de la resolución que corresponda.

Para terminar este apartado debe indicarse que la Ley otorga a las actas de inspección la naturaleza de documentos públicos, dotados de presunción *iuris tantum* de veracidad respecto de los hechos en ellas reflejados. Así el párrafo final del artº 72.6 de la Ley establece que *“las actas de inspección tienen naturaleza de documentos públicos y harán prueba de los hechos en ellas consignados y comprobados por el Inspector actuante, salvo que se acredite lo contrario”*.

Las actas, de acuerdo con lo dispuesto por el nº 1 del artº 117 del Reglamento deben reflejar si tienen naturaleza de previas o son definitivas.

c'. Formalización del acta de inspección.

El Reglamento, en su artº 117, establece las normas aplicables para formalizar, firmar y notificar el acta. Tales normas son las siguientes:

1ª. El acta se extenderá por duplicado y se firmará por el representante legal de la entidad inspeccionada o por persona con poder suficiente para ello o, en su caso, por la persona inspeccionada, y por el inspector o inspectores de Seguros del Estado designados en el acuerdo de la Dirección general de Seguros, debiendo ambas partes rubricar todas las hojas de los dos ejemplares del cuerpo principal del acta de inspección que se extienda. Uno de los ejemplares del acta se entregará al firmante de la misma.

2ª. La firma del acta por parte de los representantes legales solo tiene efectos de notificación sin que su firma produzca efectos de conformidad con la misma, lo cual viene establecido por el párrafo segundo del artº 117.1 del Reglamento al disponer que *“la firma del acta por la entidad o persona inspeccionada, salvo que medie declaración expresa en contrario, no equivaldrá a su conformidad con los hechos, ni con su valoración y conclusiones recogidas en la misma”*.

3ª. En caso de negativa a firmar el acta o a la recepción de la misma, los inspectores lo harán constar por escrito y la Dirección General de Seguros notificará el acta en el domicilio de la entidad o persona inspeccionada. Si se rechazase la notificación, se hará constar en el expediente y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.

4ª. El acta de inspección incluirá una relación de los anexos que formen parte de la misma, y la inspección, junto con el cuerpo principal del acta, deberá entregar una copia de dichos anexos, salvo en el supuesto de que el anexo incluya exclusivamente documentación aportada en el transcurso de las actuaciones inspectoras por la entidad o persona inspeccionada, en cuyo caso se hará constar dicha circunstancia en la relación de anexos.

d'. Finalización de las actuaciones inspectoras

De acuerdo con lo previsto por el artº 118 del Reglamento, las actuaciones inspectoras tienen tres modos de terminación. Uno que podemos calificar de ordinario: *“el levantamiento del acta de inspección definitiva”*. Y dos extraordinarios: *“el transcurso de seis meses sin actuación inspectora alguna, por causas no imputables a la entidad o persona inspeccionada; y el acuerdo de la Dirección General de Seguros*

notificado a la entidad o persona inspeccionada en virtud del cual no se estime necesario continuar las comprobaciones inspectoras”.

b. Periodo de alegaciones

Notificada el acta de inspección se abre un periodo de quince días para formular alegaciones en el cual se incluye la propuesta de las pruebas pertinentes.

A tales efectos el artº 72.7.b) de la Ley establece que *“el acta será notificada a la persona interesada, quien dispondrá de quince días para formular las alegaciones y proponer las pruebas que estime pertinentes en defensa de su derecho ante la Dirección General de Seguros. Si se propusieren pruebas y éstas fueran admitidas, deberán practicarse en un plazo no superior a diez días”.*

También dispone la letra c) de dicho precepto que si, tras las alegaciones de la entidad interesada y, en su caso, la práctica de la prueba, se realizaran nuevas actuaciones de instrucción del procedimiento administrativo de supervisión por inspección, se dará a aquélla nuevo trámite de audiencia por término de ocho días.

3ª fase: Terminación.

El procedimiento de supervisión por inspección finaliza con la adopción por parte del Órgano Administrativo de la resolución que corresponda, lo cual vienen reconocido por el artº 72.7.d) de la Ley cuando establece que *“a la vista de lo actuado, por el órgano administrativo competente se dictará resolución con arreglo a Derecho”.*

Establece, así mismo el citado precepto que en *“caso de que el acta de inspección contenga la propuesta”* de revocación de la autorización, de disolución administrativa de la entidad aseguradora o de adopción de medidas de control especial, *“la resolución adoptará, si hubiere lugar a ello, las medidas de control especial pertinentes, el acuerdo de disolución administrativa de la entidad aseguradora, o la revocación de la autorización administrativa”.* Consideramos que esta previsión carece de virtualidad y aunque no se hubiese establecido los efectos habrían sido los mismos, toda vez que, en síntesis, lo que viene a decir es que *“si hubiere lugar a ello”* y lo estima pertinente el Órgano Administrativo éste podrá asumir en su resolución las propuestas de la inspección, lo cual es obvio con o sin la declaración de la norma.

J. Duración del procedimiento

De conformidad con lo dispuesto por el artº 72.7.e) de la Ley *“la duración máxima de este procedimiento será de seis meses, a contar desde la notificación del acta de inspección”.*

5.2.4. Registros administrativos

Es tradicional en nuestro ordenamiento de seguros privados la existencia de una serie de registros administrativos que, aunque carecen de fuerza constitutiva respecto de los datos, actos y resoluciones que deben constar en los mismos, tienen como finalidad proporcionar un suficiente nivel de publicidad sobre la situación de las personas y

entidades que intervienen en el sector. Los actos inscribibles acceden al registro bien de oficio cuando se trata de resoluciones de la propia Administración o bien a petición de parte cuando se trata de acuerdos de las personas o entidades sometidas a supervisión que deben ser inscritos y comunicados por los propios interesados.

A- Clases de registros administrativos

De acuerdo con las previsiones establecidas por el artº 74.1 de la Ley y de los arts. 121 a 125 el Reglamento existen los siguientes registros administrativos:

- De entidades aseguradoras y reaseguradoras.
- De altos cargos de entidades aseguradoras y reaseguradoras.
- De corredores de seguros, de sociedades de correduría de seguros y sus altos cargos.
- De organizaciones para la distribución de la cobertura de riesgos entre entidades aseguradoras o para la prestación de servicios comunes relacionados con la actividad de las mismas y sus altos cargos.

De conformidad con lo establecido por el citado artº 74.1 de la Ley estos Registros administrativos expresarán las circunstancias que reglamentariamente se determinen y “*serán públicos para quienes acrediten interés en su conocimiento*”.

Conviene también indicar que de acuerdo con lo establecido por el artº 11.5 de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones de 2002 y por el artº 46 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones de 1988, existen en esta área los registros administrativos siguientes:

- De fondos de pensiones,
- De entidades gestoras y depositarias de fondos de pensiones,
- De auditores de planes y fondos de pensiones, y
- De actuarios de planes y fondos de pensiones.

B. Deber de colaboración con la Administración

El artº 74.2 de la Ley de Ordenación impone dicho deber al establecer que las entidades y personas inscritas en los Registros previstos por la misma deberán facilitar la documentación e información necesarias para permitir la llevanza actualizada de los mismos, a cuyos efectos, “*remitirán a la Dirección General de Seguros los documentos, datos y demás información en la forma y plazos que reglamentariamente se determinen, sin perjuicio de la obligación de atender también los requerimientos individualizados de información que se les formulen*”.

C. Actos inscribibles

a. Registro administrativo de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

De acuerdo con el artº 122.1 del Reglamento son inscribibles los siguientes actos:

- la autorización inicial, la ampliación de la autorización,

- los relativos al establecimiento de sucursales o al ejercicio de la actividad en libre prestación de servicios
- los cambios de denominación o domicilio social,
- el aumento o reducción del capital social o fondo mutual y otras modificaciones estatutarias,
- las participaciones significativas,
- la cesión de cartera,
- la fusión, transformación, escisión,
- agrupaciones de interés económico y uniones temporales de empresas,
- la revocación de la autorización administrativa y la rehabilitación de la misma,
- el acuerdo de disolución,
- el nombramiento y cese de liquidadores,
- el domicilio de la oficina liquidadora,
- la intervención en la liquidación,
- la extinción y la cancelación de la autorización para operar,
- las sanciones que, en su caso, se hubieran impuesto, salvo la de amonestación privada, y
- en el libro referente a la entidad dominante, la composición y entidades que integran un grupo o subgrupo consolidable de entidades aseguradoras, así como para cada entidad el grupo o subgrupo del que forma parte.

b. Registro administrativo de los altos cargos de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

El artº 123.1 del Reglamento dispone que “*las entidades aseguradoras*” deberán solicitar la inscripción de los siguientes altos cargos:

- Administradores o consejeros
- Directores generales o asimilados
- Apoderados
- Quienes bajo cualquier otro título lleven la dirección efectiva de las entidades
- Apoderados generales de las sucursales que se establezcan en otros Estados miembros del espacio económico europeo y de las sucursales en España de las entidades aseguradoras extranjeras, así como
- Representantes a efectos fiscales y del seguro de automóviles a los que se refiere el artículo 86 de la Ley.

Los actos inscribibles en el Registro para dar cumplimiento a la indicada obligación son los siguientes, de acuerdo con el citado precepto:

- Nombramiento, suspensión, revocación, y cese por cualquier causa
- Inhabilitación
- Sanciones que, en su caso, se les hubieran impuesto, salvo la de amonestación privada.

Los datos a consignar en el asiento registral correspondiente serán: el nombre y apellidos o denominación social, el domicilio, la nacionalidad, la profesión, el número del documento nacional de identidad, y si se trata de extranjeros, en su caso, el del permiso de residencia o pasaporte.

c. Registro administrativo especial de corredores de seguros, de sociedades de correduría de seguros y sus altos cargos.

De conformidad con el artº 124 del Reglamento, son actos inscribibles en este Registro los siguientes:

- Autorización previa,
- Cambios de denominación o domicilio social así como
- Otras modificaciones estatutarias,
- Participaciones significativas,
- Agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas,
- Situación de inactividad,
- Revocación de la autorización administrativa,
- Inhabilitación para el desempeño de la actividad de correduría, y
- Sanciones que, en su caso, se hubieran impuesto, salvo la de amonestación privada.

Además, cuando se trate de los cargos de administración y dirección, serán inscribibles los siguientes actos y acuerdos:

- Nombramiento, la suspensión, revocación o cese de los mismos por cualquier causa,
- Inhabilitación ,y
- Sanciones que, en su caso, se les hubieran impuesto, salvo la de amonestación privada.

También en este caso en el asiento registral deberán consignarse el nombre y apellidos o denominación social, el domicilio, la nacionalidad, la profesión, el número del documento nacional de identidad, y si se trata de extranjeros, en su caso, el del permiso de residencia o pasaporte.

d. Registro administrativo de las organizaciones para la distribución de la cobertura de riesgos entre entidades aseguradoras o para la prestación de servicios comunes relacionados con la actividad de las mismas y sus altos cargos.

El artº 125.1 y 2, del Reglamento disponen que son inscribibles en este Registro los siguientes actos:

- Comunicación inicial,
- Cambios de denominación, objeto, y domicilio social y demás modificaciones que afecten a las mismas,
- Relación de entidades que integran cada organización, y
- Relación de las personas a las que se confiere la administración o dirección, haciendo constaren el asiento registral los mismos datos que se exigen para el Registro de Altos Cargos de Entidades.

e. Inscripción de las medidas de control especial.

Con independencia de los actos inscribibles en cada uno de los Registros antes mencionados, el Reglamento en su artº 127 establece que, en determinados casos, también deberán ser inscritas en dichos Registros las medidas de control especial que hayan sido impuestas.

Así, el indicado precepto dispone que *“las medidas de control especial serán inscribibles, cuando se acuerde dar publicidad a las mismas conforme a lo dispuesto en el artículo 39. 7 de la Ley”*, si bien *“se inscribirán en todo caso las medidas de control especial previstas en los apartados 3 y 4 del artículo 39 de la Ley”* referentes, respectivamente, a la medida complementaria de intervención de la entidad y a la sustitución provisional de los órganos de administración

D. Acceso de los actos inscribibles a los registros

La forma en que los actos inscribibles acceden a los Registros se encuentra regulada por los arts. 122.3, Art. 123.3, 124.2 y 125.3 del Reglamento, revistiendo dos maneras, en función de donde traiga causa el acto inscribible: de oficio o a instancia de parte.

En el caso de que se trate de resoluciones administrativas la inscripción se produce de oficio y el tratamiento legal es uniforme para todos los Registros, estableciendo las indicadas normas que *“cuando la inscripción en el registro traiga causa en acuerdos de la Administración el asiento se practicará de oficio con fundamento en el acto administrativo correspondiente”*.

Cuando se trate de actos o acuerdos de las entidades, personas u organizaciones afectadas se deberá solicitar la inscripción de los acuerdos correspondientes dentro de los diez días siguientes a la fecha en que hayan sido adoptados, a cuyos efectos se remitirá, cuando proceda, certificación de los acuerdos de los órganos sociales correspondientes (no exigible cuando se trate de Mediadores en cuyo caso bastará escrito firmado por el interesado por el representante legal de la sociedad –artº 124.2) y Escritura Pública inscrita en el Registro Mercantil en el plazo de un mes desde su inscripción en el mismo (no exigible en el caso del Registro de Organizaciones).

E. Cancelación de la inscripción de las sanciones impuestas

El Reglamento establece en su artº 126 el régimen de cancelación de los asientos registrales cuando los mismos se refieran a sanciones impuestas por la Administración disponiendo, a tales efectos, las siguientes reglas:

1ª. Modos de cancelación

Las inscripciones relativas a las sanciones impuestas se cancelarán en los Registros previstos en los artículos anteriores, a instancia del interesado o de oficio y esta última procederá cuando haya recaído resolución o sentencia firme estimatoria del recurso interpuesto contra la sanción.

2ª. Plazos para solicitar la cancelación:

El interesado tendrá derecho a solicitar de la Dirección General de Seguros la cancelación de la inscripción de la sanción que le hubiera sido impuesta, siempre que no se haya incurrido en ninguna nueva infracción, dentro de los dos años siguientes a la fecha de la firmeza de la sanción para el caso de las infracciones leves, cinco años en el caso de las graves y ocho años en el caso de las muy graves.

3ª. Interrupción del plazo

La iniciación de un expediente administrativo sancionador interrumpirá los plazos previstos en el párrafo anterior. Si el procedimiento concluyese con la imposición de una nueva sanción, las anotaciones pendientes se cancelarán cuando transcurra el plazo de cancelación aplicable a la misma, salvo que el que restase por correr de la anterior fuese superior, en cuyo caso se atenderá a la fecha de su vencimiento.

4ª. Ineficacia legal de las sanciones canceladas.

Producida la cancelación, la Dirección General de Seguros no podrá tomar en consideración las sanciones cuya inscripción se hubieran cancelado a efectos de lo previsto en los artículos 14 y 15.2 y 3 de la Ley, referentes a la exigencia de idoneidad a los socios con participaciones significativas y de honorabilidad para los directivos de las entidades.

5.2.5. Normas generales

A. Deber de secreto profesional

El artº 75 de la Ley de Ordenación regula el deber de secreto profesional que afecta a las personas que hayan intervenido en funciones de ordenación y supervisión en relación con la información a la que las mismas hayan podido tener acceso. En dicho precepto se establece un principio general de reserva y se prevén las excepciones al mismo, las instituciones a las que se puede proporcionar y de las que se puede recibir información confidencial y las normas para intercambiar información confidencial con Autoridades de Control de otros países.

a. Principio general y personas sometidas al referido deber

El artº 75.1 de la Ley dispone que, con excepción del principio de publicidad previsto para la información contenida en los Registros Administrativos regulados por su artº 74, “*los datos, documentos e informaciones que obren en poder del Ministerio de Economía y Hacienda en virtud de cuantas funciones le encomienda la (...) Ley tendrán carácter reservado*”. Tal principio general de reserva se completa con la restricción de uso y paralelo deber que la Ley impone al Ministerio de Economía el cual “*sólo podrá utilizar la información confidencial para el ejercicio de las potestades de ordenación y supervisión*” que le encomienda la propia Ley.

Como lógica consecuencia de dicho principio general de reserva el precepto indicado impone la obligación de guardar secreto profesional a “*todas las personas que*

ejerzan o hayan ejercido una actividad de ordenación y supervisión de entidades aseguradoras, así como aquéllas a quienes el Ministerio de Economía (...) haya encomendado funciones respecto de las mismas”, personas que, según dispone el precepto indicado “tendrán obligación de guardar secreto profesional sobre las informaciones confidenciales que reciban a título profesional en el ejercicio de tal función”.

El deber de secreto profesional impuesto por la Ley es de tal naturaleza que la misma dispone que *“el incumplimiento de esta obligación determinará las responsabilidades penales y las demás previstas por las leyes”* y que las personas afectadas por dicho deber *“no podrán prestar declaración ni testimonio ni publicar, comunicar o exhibir datos o documentos reservados, ni siquiera después de haber cesado en el servicio, salvo permiso expreso otorgado por el órgano competente del Ministerio de Economía y Hacienda”* y si dicho permiso no fuera concedido, *“la persona afectada mantendrá el secreto y quedará exenta de la responsabilidad que de ello emane”*.

b. Excepciones a la obligación de secreto profesional

El nº 2 del artº 75 de la Ley dispone que no se exigirá la obligación de secreto establecida en el apartado anterior en los siguientes supuestos:

1º. Cuando el *interesado consienta* expresamente la difusión, publicación o comunicación de los datos.

2º. La publicación de datos *agregados con fines estadísticos*, o las comunicaciones en forma sumaria o agregada de manera que las entidades individuales no puedan ser identificadas ni siquiera indirectamente.

3º. Las informaciones requeridas por las *autoridades judiciales* competentes en un proceso *penal*.

4º. Las informaciones que, en el marco de los *procesos mercantiles concursales* de una entidad aseguradora, sean requeridas por las autoridades judiciales, siempre que no versen sobre terceros interesados en la rehabilitación de la entidad.

5º. Las informaciones que, en el marco de los *recursos administrativos o procesos contencioso-administrativos* en que se impugnen resoluciones administrativas dictadas en el ejercicio de las potestades de ordenación y supervisión de la actividad de las entidades aseguradoras, sean requeridas por las autoridades administrativas o judiciales competentes.

Las autoridades judiciales que reciban del Ministerio de Economía y Hacienda información de carácter reservado vendrán obligadas a adoptar las medidas pertinentes que garanticen la reserva durante la sustanciación del proceso de que se trate.

6º. Las informaciones requeridas por las *Comisiones Parlamentarias* de Información, en los términos establecidos por su legislación específica. El acceso de las Cortes Generales a la información sometida al deber de secreto profesional se realizará a través del Ministerio de Economía en la forma establecida en el apartado 1 de este artículo⁶⁷.

⁶⁷ Supuesto añadido por la D. Adicional sexta de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

c. Posibles destinatarios de información confidencial

También dispone la Ley, en su artº 75.3, que en determinados casos podrá facilitarse información confidencial a determinadas autoridades y personas “*para facilitar el cumplimiento de sus respectivas funciones*”, las cuales vendrán obligadas a guardar el principio general de reserva impuesto al Ministerio de Economía por el nº 1 de dicho artículo.

Los destinatarios de la información confidencial podrán ser los siguientes:

1º. Las autoridades competentes para la ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras y demás entidades financieras en los restantes Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

2º. El Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y los demás Entes encargados de la ordenación y supervisión de las cuentas y de la solvencia de entidades.

3º. El Consorcio de Compensación de Seguros⁶⁸.

4º. Las autoridades responsables de la lucha contra el blanqueo de capitales.

5º. La Administración Tributaria respecto de las comunicaciones que de modo excepcional puedan realizarse en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 112 de la Ley General Tributaria, previa autorización indelegable del Ministro de Hacienda.

6º. Los auditores de cuentas de las entidades aseguradoras y sus grupos y el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

También prevé el nº 4 del artº 75 de la Ley de Ordenación que las informaciones confidenciales podrán ser recibidas de las personas y entidades antes referidas, si bien en tal caso dicha información no podrá ser a su vez facilitada a ninguna de las demás, salvo acuerdo expreso de la autoridad competente que haya suministrado la información. Tampoco podrán ser objeto de comunicación las informaciones confidenciales obtenidas por la inspección de sucursales de entidades aseguradoras españolas establecidas en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo salvo acuerdo expreso de la autoridad competente del Estado miembro de la sucursal.

d. Intercambio de información con autoridades de control de terceros países

El nº 5.⁶⁹ del artº 75 de la Ley establece que la información proporcionada a autoridades extranjeras debe contar con garantías de protección iguales, al menos, a las exigidas por el nº 1 de dicho artículo, según quedó referido anteriormente. Así, el indicado precepto exige al respecto que los acuerdos de cooperación, en los que se prevea el intercambio de información con las autoridades competentes para la ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras y demás entidades financieras o con otras autoridades u órganos de terceros países, “*requerirán que la información*

⁶⁸ Incluido, en sustitución de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, por el artº 11. seis, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que ha traspasado al Consorcio las competencias de la citada Comisión.

⁶⁹ Número 5 añadido por el artº 9 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

suministrada quede protegida por garantías de secreto profesional al menos equivalentes a las contempladas en el número 1 [del artº 75], y que el intercambio de información tenga por objeto el cumplimiento de las labores de ordenación y supervisión de dichas autoridades”. También dispone el precepto que cuando la información tenga su origen en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, no podrá ser revelada sin la conformidad expresa de las autoridades competentes que la hayan facilitado y, en su caso, únicamente con la finalidad para la que dichas autoridades hayan dado su conformidad

B. Aseguramiento en terceros países

El artº 76 de la Ley regula dos tipos de prohibición relacionadas con la contratación de los riesgos en países ajenos al Espacio Económico Europeo. Una por la que se impide asegurar en terceros países (los ajenos al Espacio Económico Europeo) determinados riesgos e intereses y otra que impide que aseguradores de dichos países puedan operar en España, salvo que constituyan una sucursal con arreglo a la legislación española.

Se trata, en definitiva, de la antigua y clásica protección nacional de los riesgos e intereses situados en un país, con la finalidad de que los mismos no pudieran ser asegurados en el extranjero o por entidades no operativas en territorio nacional, contenida en el artº 15 de la Ley de Ordenación de 1954 y el artº 41.2⁷⁰ y 3 de la de 1984. La formulación actual del principio es, en el fondo, similar si bien la importante diferencia viene dada por la ampliación del ámbito territorial de aplicación de la norma el cual queda extendido a todos los países del Espacio Económico Europeo los cuales, en virtud de los Tratados que lo regulan y de la aplicación del régimen de la Licencia Única, dejan de tener a estos efectos la consideración de país extranjero

Á tales efectos el artº 76 de la Ley establece dicha prohibición imponiendo las siguientes reglas:

1ª. No podrán asegurarse en terceros países ajenos al Espacio Económico Europeo los buques, aeronaves y vehículos con estacionamiento habitual en España y los bienes de cualquier clase situados en territorio español, con la única excepción de las mercancías en régimen de transporte internacional.

2ª. Tampoco podrán asegurarse en dichos países los españoles residentes en España en cuanto a sus personas o sus responsabilidades, salvo que se encuentren en viaje internacional y por el período de duración de éste. No obstante, el Ministro de Economía podrá autorizar este aseguramiento con carácter excepcional y para operaciones concretas.

3ª. Tampoco está permitido concertar en España operaciones de seguro directo con entidades aseguradoras de terceros países ajenos al Espacio Económico Europeo o hacerlo a través de mediadores de seguros privados que realicen su actividad para las

⁷⁰ Modificado por el Real Decreto Legislativo 1255/1986, de 6 de junio, que modificó la Ley de Ordenación de 1984 para adaptarla a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea

mismas. De lo anterior se exceptúa el supuesto en que dichas entidades aseguradoras contraten a través de sucursales legalmente establecidas en España.

C. Deber de colaboración con los Estados miembros del Espacio Económico Europeo y obligaciones de información y reciprocidad

No obstante la aplicación del principio de la Licencia Única, en virtud del cual las entidades autorizadas en cualquier país del Espacio Económico Europeo pueden operar en el resto de los países de dicho Espacio sin necesidad de nuevas autorizaciones y bajo el sometimiento al Órgano de Control de su país de origen, se imponen una serie de reglas de información y colaboración mutua entre las distintas Autoridades de Supervisión, con el fin de que las facultades de ordenación y supervisión puedan ser ejercitadas debidamente, tanto por lo que se refiere a entidades domiciliadas en dicho Espacio o dependientes de otras también domiciliadas en el mismo, como a entidades cuyas sociedades dominantes pertenezcan a países ajenos al referido Espacio Económico.

En este sentido el artº 77 de la Ley dispone las siguientes normas en relación con las referidas obligaciones por parte de la Dirección General de Seguros, debiéndose tener en cuenta que las medidas adoptables en función de lo establecido por dicho precepto, de acuerdo con lo previsto por el nº 6 del mismo “*deberán ajustarse a las obligaciones contraídas por la Unión Europea en virtud de Tratados o Convenios Internacionales reguladores del acceso a la actividad aseguradora y de su ejercicio*”:

a. Obligaciones con las Autoridades de Control del Espacio Económico Europeo

El artº 77.1 establece al respecto que a Dirección General de Seguros colaborará con las autoridades supervisoras de los restantes Estados miembros del Espacio Económico Europeo e intercambiará con las mismas toda la información que sea precisa para el ejercicio de sus funciones respectivas en el ámbito de ordenación y supervisión de las operaciones aseguradoras privadas.

b. Obligaciones con la Comisión de las Comunidades Europeas

Dispone al efecto el nº 2 del citado artº 77 que la Dirección General de Seguros “*informará*” (obligación que debe ser cumplida de oficio), a dicho órgano comunitario en los siguientes supuestos:

1º. Cuando conceda autorización a una sociedad dominada por una o varias entidades aseguradoras que se rijan por el derecho de un país no integrado en el Espacio Económico Europeo. En estos casos la información especificará la estructura del grupo de sociedades.

2º. Cuando una entidad aseguradora de un país no miembro del Espacio Económico Europeo adquiera participaciones en una entidad aseguradora española que hagan de ésta última una sociedad dominada de aquélla.

3º. De cualquier dificultad de carácter general que encuentren las entidades aseguradoras españolas para establecerse o desarrollar su actividad en un país no miembro del Espacio Económico Europeo.

Así mismo el nº 3 del citado precepto establece la obligación de informar a la Comisión, (siempre que la misma lo solicite y concurren y subsistan las circunstancias previstas en la letra c. siguiente) en los casos que a continuación se exponen:

1º. Cuando se presente solicitud de autorización de una sociedad dominada por una o varias sociedades que se rijan por el derecho de un país no integrado en el Espacio Económico Europeo.

2º. De cualquier proyecto de una sociedad dominante que se rija por el derecho de un país no integrado en el Espacio Económico Europeo para adquirir participaciones en una entidad aseguradora española que fuera a convertir a esta última en sociedad dominada de aquélla.

c. Limitación de las autorizaciones cuando se incumpla el principio de reciprocidad por parte de terceros países

Dispone el nº 4 del artº 77 de la Ley que la Dirección General de Seguros limitará en su número o suspenderá la tramitación de nuevas autorizaciones administrativas, presentadas por sociedades dominadas por otras que se rijan por el derecho de un Estado no perteneciente al Espacio Económico Europeo, cuando la Comisión adopte un acuerdo en ese sentido *”por haber comprobado que las entidades de seguros del Espacio Económico Europeo no reciben en un país tercero un trato que ofrezca las mismas posibilidades de competencia que a las entidades aseguradoras nacionales de dicho país tercero y que en el mismo no se cumplen las condiciones de acceso efectivo al mercado”*. El acuerdo de la Comisión no podrá fijar tal limitación por un plazo superior a tres meses, salvo que el Consejo pueda prorrogar tales medidas por plazo más largo.

La limitación y suspensión de autorizaciones, antes indicadas, serán también aplicables al procedimiento de tramitación de comunicaciones de adquisición de participaciones significativas (artº 21 de la ley) en entidades aseguradoras españolas por entidades domiciliadas en Estados no integrados en el Espacio Económico Europeo.

Así mismo, aclara el nº 5 del referido precepto que dicha limitación o suspensión de las autorizaciones no será aplicable en ningún caso a la creación de sociedades dominadas por entidades aseguradoras o por las propias sociedades dominadas de éstas, si unas y otras están debidamente autorizadas en el Espacio Económico Europeo, ni a la adquisición de participaciones significativas por tales entidades en una entidad aseguradora domiciliada en dicho Espacio.

CAPÍTULO II

EVOLUCION LEGISLATIVA DEL MODELO DE SUPERVISION EN ESPAÑA

1. PRIMERA ETAPA: DE 1908 A 1954. NACIMIENTO Y ASENTAMIENTO DE LA SUPERVISIÓN.

1.1. Ley de Seguros de 14 de Mayo de 1908.

1.1.1. Antecedentes.

Desde una perspectiva histórica el primer antecedente conocido en el que se produce la intervención de los Poderes Públicos en la actividad aseguradora lo constituyen las Ordenanzas de Felipe II de 1570⁷¹ publicadas por el Duque de Alba, a la sazón Gobernador de los Países Bajos. En ellas se nombra Comisario de Seguros a Diego González Gante, con sede en Amberes y Delegados en Amsterdam, Middleburg y Brujas. El fin principal de dicha institución era el de supervisar los contratos de seguro y cuidar de que nada constara en ellos contrario a lo preceptuado por la referida Ordenanza.⁷²

⁷¹ Vid. ORDONNANCES DU DUC D'ALBE SUR LES ASSURANCES MARITIMES de 1569, 1570, 1571, avec un précis de l'histoire du Droit d'Assurance Maritime dans les Pays-Bas, par M. Charles Ferdinand REATZ. BRUXELLES. Librairie Européenne C. MUQUARDT. 1877. Copia del documento obrante en la Biblioteca de la Universidad Católica de Lovaina. Registro nº 3A24116.

⁷² BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Felix. "Tratado de Seguros". Tomo I, p.85. Madrid. 1942. Vid también en este sentido CABALLERO SANCHEZ, Ernesto. "Introducción al Estudio del Seguro Privado", p. 38. Editorial Magisterio español. Madrid. 1948. LINDE PANIAGUA, Enríque. "Condiciones de acceso a la actividad aseguradora, régimen cautelar y sancionador", en "Estudios y comentarios sobre

No obstante la Ley de 14 de Mayo de 1908, siguiendo la pauta internacional del momento, es la primera que de manera global reguló en España la intervención del Estado en la actividad empresarial aseguradora. Dicha ley tuvo algunos tímidos antecedentes legislativos.

Así la Ley de 28 de enero de 1848⁷³ y su Reglamento de 17 de febrero del mismo año⁷⁴ que regularon las sociedades por acciones, aplicables a las aseguradoras de esta naturaleza, dispusieron la obligatoriedad de que dicho tipos de sociedades se constituyeran por Ley o por Real Decreto (caso de las de seguros), dependiendo de cual fuese su objeto social, y quedaron sometidas a la inspección del Gobierno y a la del Jefe Político de la provincia en que tuvieran su domicilio.

Posteriormente la Real Orden de 18 de diciembre de 1857⁷⁵ fijó atribuciones de los delegados del Gobierno cerca de las Sociedades de Seguros Mutuos. Esta disposición, que

la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados”, pp. 50 y 51, donde se publican los estudios realizados en la Jornadas que sobre dicho tema se realizaron a iniciativa de la SEAIDA, con el patrocinio de la Fundación MAPFRE Estudios y UNESPA. Editorial MAPFRE. Madrid. 1997.

⁷³ Colección Legislativa de España. Primer Cuatrimestre de 1848. Tomo XLIII, pp. 51 a 54.

⁷⁴ Colección Legislativa de España. Primer Cuatrimestre de 1848. Tomo XLIII, pp 100 a 109.

⁷⁵ Colección Legislativa de España. Cuarto Trimestre de 1857. Tomo LXXIV, pp. 296 a 298.

Dicha disposición estableció lo siguiente:

Artº. 1º.- Los delegados el Gobierno cerca de las sociedades de seguros mutuos, cualquiera que sea su objeto, deberán ejercer sobre la parte administrativa de las mismas, y sin embarazar en manera alguna sus operaciones, la inspección necesaria para hacer que se cumplan con estricta puntualidad sus respectivos estatutos y reglamentos.

Artº 2º.- Con este fin concurrirán a las juntas generales y a los que bajo el título de consejos de vigilancia u otros análogos tienen por objeto fiscalizar, aprobar o censurar los actos de sus direcciones.

Artº. 3º.- Las direcciones de las sociedades deberán pasar a los respectivos delegados del Gobierno una copia auténtica de los estatutos y reglamentos por que se rijan las mismas, así como de todas las alteraciones que en ellos se hayan introducido y se introduzcan con la competente autorización del gobierno.

Artº. 4º.- Los delegados del Gobierno asistirán a los arcos de los valores o efectos de cualquier clase que se verifiquen y firmarán sus actas.

Artº. 5º.- Concurrirán a la comprobación o verificación de los balances ordinarios o extraordinarios, firmando también estos, y remitiendo de ellos una copia exacta y autorizada al Gobierno de S.M. por conducto del Gobernador de la provincia en que la sociedad se halle domiciliada.

Artº. 6º.- A los balances generales de fin de año acompañarán los delegados una memoria que dé a conocer el estado de la sociedad durante el mismo periodo, exponiendo la observaciones que se les ofrezcan sobre su prosperidad o decadencia, e indicando en este último caso las medidas que en su juicio convenga adoptar para precaver su ruina, restablecer su crédito o declararlas en liquidación.

Artº. 7º.- En los actos administrativos en que intervengan deberán presentar las protestas oportunas, siempre que se contraviniera lo prevenido en los estatutos o reglamentos aprobados, haciendo que se consigne en un acta, y dando inmediatamente cuenta al Gobierno por conducto del respectivo Gobernador de la provincia.

Artº. 8º.- Estarán también obligados a participar al Gobierno por el mismo conducto el estado de la sociedad aun cuando nada ofrezca de notable.

Artº. 9º.- Siempre que se trate de la reforma de alguno de los artículos de los estatutos o reglamentos, acordada en junta general de la sociedad, informarán al Gobierno de la alteración que se pretenda.

Artº. 10.- Se les prohíbe tener interés o participación en el objeto de la sociedad cerca de la cual sean delegados.

Artº. 11.- Estarán sujetos a responder ante el Gobierno de las infracciones de los estatutos o reglamentos de las sociedades, siempre que oportunamente no hayan presentado la correspondiente protesta y dado conocimiento de ella al gobierno en los términos que quedan expresados.

fue derogada con motivo de la revolución liberal de 1868, puede ser considerada como un precedente de los sistemas de control del empresario de seguros que se comenzaron a generalizar a principios del siglo pasado⁷⁶.

También puede considerarse que las Leyes de Presupuestos de 1893 (art. 32) y 1895 (art. 43) constituyen un antecedente de la Ley de Seguros de 1908⁷⁷.

Artº. 12.- Cuando los delegados hayan de cesar por disposición del Gobierno, continuarán sin embargo en el desempeño de su cargo, si no se previniere lo contrario, hasta que se presente el que haya de sucederles, a quien harán entrega de los estatutos y reglamento, y de los demás papeles y datos que, no siendo puramente personales, sean conducentes al mejor desempeño de su cometido; y en los casos de enfermedad duradera o ausencia autorizada, lo pondrán en conocimiento del Gobernador de la provincia respectiva para los efectos convenientes.

Artº. 13.- Las reglas establecidas en este reglamento serán obligatorias, tanto para los delegados del Gobierno como para las sociedades cuya inspección les esté encomendada en la parte que les concierne.

Artº. 14.- Así las direcciones de las sociedades de seguros mutuos, como los delegados del Gobierno cerca de las mismas, deberán entenderse siempre con el Ministerio de la Gobernación por conducto de los Gobernadores de las provincias en que aquellas se hallen domiciliadas.

⁷⁶ SANCHEZ CALERO. Fernando. “Curso de Derecho del Seguro Privado”, p. 26. Ediciones Nauta. Bilbao. 1961.

⁷⁷ BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Félix. “Tratado de Seguros”. Madrid, 1942. Tomo I, pp. 160 y 161, nota 1.

Art. 32 de la Ley de Presupuestos de 5 de agosto de 1893:

“Las Compañías de Seguros pagarán en concepto de contribución industrial el 2 por 100 sobre las primas que anualmente perciban de los asegurados.

Los agentes de estas mismas Compañías contribuirán también con el 2 por 100 de las cantidades que por comisiones perciban. Dicha cuota les será retenida por las Compañías. Las Compañías y Sociedades de Seguros que operen en España, publicarán anualmente y remitirán a la Dirección de Contribuciones un balance especial comprensivo de los negocios hechos en este territorio, en que enumeren las pólizas suscritas durante el año, el importe de las primas devengadas y el de los seguros liquidados en el mismo tiempo.

Para la comprobación fiscal de este impuesto, todas las Compañías y Sociedades de Seguros nacionales o extranjeras, quedan obligadas a invertir un millón de pesetas en valores del Estado español o en cédulas u obligaciones hipotecarias de Bancos o Compañías de caminos de hierro o Empresas industriales de cualquiera otra clase o en propiedad territorial de la Península e islas adyacentes. Si las tres cuartas partes de las reservas técnicas de los Seguros realizados en España por alguna Compañía, no llegasen a un millón de pesetas, podrá, la que se encuentre en este caso, limitar al 75 por 100 de esas reservas el depósito de que trata el párrafo precedente. El depósito será irreductible mientras la Compañía que lo haya constituido tenga operaciones pendientes en el territorio de la nación.

El Gobierno adoptará las medidas coercitivas que estime oportunas para el cumplimiento de este precepto.”

Art. 43, Ley de 30 de junio de 1895: “Las Compañías de Seguros, nacionales o extranjeras, pagarán por contribución industrial sobre la base y tipos que se consignan a continuación:

Las Compañías de Seguros de incendios, nacionales o extranjeras, y todas aquellas cuyo fin sea la reparación o indemnización de daños o perjuicios sobre las cosas o propiedades, cualquiera que sea su organización, pagarán el 2 por 100 sobre las primas de los Seguros efectuados o que se efectúen en España.

Las Compañías regulares de Seguro de vida, las de accidentes y las cooperativas de Seguros, las marítimas y las de transporte, cualquiera que sea su organización, pagarán 50 centésimas por 100 sobre las primas de los Seguros nuevos o antiguos efectuados en España.

Los agentes de dichas Compañías contribuirán también, en el mismo concepto de impuesto industrial, con el 2 por 100 sobre las comisiones líquidas que perciban, cuya cuota les será retenida por las Compañías.

Las Compañías de Seguro publicarán anualmente en la “Gaceta de Madrid”, y remitirán a la Dirección de Contribuciones, el balance oficial de sus operaciones, en el cual habrá de acreditarse por modo expreso la partida que hayan recaudado por primas de Seguros, antiguos o nuevos, efectuados en España, cuya obligación llenarán las Compañías extranjeras con relaciones juradas que, de acuerdo con un registro de primas que habrán de llevar sus sucursales, presentarán a la Dirección de Contribuciones, a la vez que el balance oficial.

Así, siguiendo a BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ⁷⁸, y con independencia de los antecedentes legislativos antes mencionados, podemos establecer que “en España fue iniciada la tendencia intervencionista en el artículo 32 de la ley de Presupuestos de 5 de agosto de 1893, que al fijar la cuantía del impuesto que las Compañías de Seguros debían satisfacer, les obligó a presentar periódicamente el balance de sus operaciones y a constituir un depósito de bienes o valores determinados. Aparece, pues, el principio de la intervención de una manera tímida y en forma indirecta, más como trámite necesario para la comprobación fiscal, que como derecho y aún deber indeclinable de la defensa de los intereses asegurados. Más tarde, el artículo 43 de la ley de Presupuestos de 30 de junio de 1895, modificó profundamente la de 1893 al establecer una distinción precisa entre el impuesto que deben abonar las Empresas de Seguros y el depósito que les obliga a establecer como garantía de los Seguros que efectúen en España, tanto las Sociedades españolas como las extranjeras de que hablaba el artículo 32 de la ley anterior. Del nuevo precepto nació la Instrucción adicional de 21 de enero de 1896, encaminada a reglamentar la constitución del depósito de garantía.”

En aquellas fechas, la normativa específicamente aseguradora quedaba integrada por los referidos artículos de las citadas Leyes de Presupuestos, además de por las normas contenidas en el Título I del Libro II del Código de Comercio relativo a las normas generales de constitución de Sociedades Mercantiles, y por lo establecido en el Título VIII de dicho Código, y los artículos 1791 a 1797 del Código Civil, referentes al Contrato de Seguro. Conjunto de normas que ya en la época se revelaban como insuficientes para una correcta garantía y tutela de los intereses de los asegurados⁷⁹ que, ayer como hoy, a cambio del pago de las primas confían en la promesa del asegurador de que cuando ocurra el riesgo, si ocurre, percibirán la indemnización correspondiente, lo cual si bien puede no acaecer nunca, también puede producirse transcurrido un plazo de tiempo más o menos dilatado tras el cual el asegurador debe estar en condiciones económicas de atender a sus obligaciones o lo que es lo mismo en condiciones de solvencia.

La garantía de los Seguros que efectúen en España, tanto las Sociedades españolas como extranjeras a que se refiere el artículo 32 de la ley de presupuestos de 5 de agosto de 1893, consistirá en el 20 por 100 de las primas realizadas durante el año anterior, por lo que respecta a las de Seguros de vida, incendios y daños en la propiedad mueble o inmueble, y en el 20 por 200 de las realizadas durante el trimestre anterior por las Compañías de Seguros marítimos de valores. No se exigirá, en ningún caso, a las Compañías de Seguros de vida, incendios y daños en la propiedad mueble o inmueble, una garantía superior a un millón de pesetas, ni a las de Seguros marítimos y de valores una garantía superior a 250.000 pesetas. Estas garantías podrán establecerse de una vez por las Compañías que deseen hacerlo. Las Sociedades españolas y las extranjeras debidamente autorizadas que ya estuvieren establecidas, cumplirán con la referida obligación dentro del plazo de tres meses, desde la publicación en la “Gaceta” de la presente ley. Las que se establecieran de nuevo constituirán dicho depósito ingresando mensualmente el 20 por 100 de las primas realizadas el mes anterior.

Dicho depósito deberá constituirse en la Caja Central de Depósitos en metálico o en valores del Estado español. También servirá para esta garantía la propiedad inmueble de la Península e islas adyacentes al tipo de 50 por 100 de su valor libre”.

⁷⁸ BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, Félix. “Tratado de Seguros”. Madrid, 1942 Tomo I, pp. 160 y ss. En el mismo sentido, BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Luis. “Tratado de Seguros”. Edit. Reus. Madrid, 1955. Vol. 4º, p. 3 y ss..

⁷⁹ BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, F. Ob.cit. pág. 172.

1.1.2. Los inicios en España de la ordenación moderna del Seguro Privado: la Ley de 14 de Mayo de 1908.

A. Justificación de la Ley.

La situación del mercado asegurador español a principios de siglo ya demandaba una regulación e intervención estatal de la actividad aseguradora, siguiendo el ejemplo de otros países.

Tal situación de necesidad viene corroborada por la doctrina y podemos afirmar con CABALLERO SANCHEZ que dicha ley “en los momentos en que se promulgó vino a llenar una imperiosa necesidad de enderezamiento de las actividades aseguradoras, que comenzaban a desbordarse por cauces nada compatibles con lo que el espíritu de previsión es y representa”⁸⁰.

La Ley de 14 de Mayo de 1908 recibió en su momento las más favorables críticas de los tratadistas. Así, en opinión de BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, dicha Ley “era superior a cuantas extranjeras se habían dictado, sin que ninguna de ellas fuera modelo de la nuestra, aunque todas ellas las tuvo presentes”⁸¹ y para DELAS “fijó normas técnicas y principios jurídicos que hicieron de la ley una obra perfecta de su época que mereció el elogio de los comentaristas extranjeros”⁸².

B. Fines de la Ley de 1908

Las finalidades de la ley fueron, fundamentalmente, las siguientes⁸³:

- Intervención técnica del Estado.
- Publicidad de las operaciones y garantías de las entidades aseguradoras.
- Comprobación de la exactitud de su gestión.
- Escrupulosa fiscalización actuarial.
- Constitución e inversión adecuada de las Reservas Matemáticas y de - Riesgos en Curso.
- Aplicación del tipo penal de la estafa a la apropiación o distracción de los bienes afectos a la cobertura de las Reservas Matemáticas y de Riesgos en Curso.

⁸⁰ - CABALLERO SANCHEZ, Ernesto. “Introducción al Estudio del Seguro Privado”. Edit. Magisterio Español. Madrid, 1948, p. 172.

- BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, F. Ob.cit., pp. 165 y 166.

- BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, L. Ob.cit., p. 8.

⁸¹ BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, F. Ob.cit., p. 162.

⁸² DELAS, J.M^a. “Breves notas históricas sobre la preparación de la Ley de Seguros de 14 de Mayo de 1908”. Conferencia pronunciada en la primera celebración del Día del Seguro celebrada el 14 de Mayo de 1946 (según cita de CABALLERO SANCHEZ, E. Ob.cit. p. 172).

⁸³ Vid. BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, F. Ob.cit. pp. 162 y 163, y las referencias al mismo efectuadas por CABALLERO SANCHEZ, E., ob.cit. p. 173 y BENITEZ DE LUGO REYMUNDO L., ob.cit. pp. 5 y 6.

Pero dichas finalidades pueden resumirse en la que con carácter general transmite la propia ley en su Preámbulo y que nos orienta sobre cuál era el auténtico motor de las importantes reformas que la misma introducía en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, al decir que *“la cuantía de los intereses particulares confiados a las Sociedades y Compañías de Seguros; la imposibilidad de que el público estudie y conozca al detalle la organización, funcionamiento y garantía de aquellas Empresas y el creciente desarrollo que alcanzan en nuestro país en donde el carácter internacional del Seguro se reconoce sin limitación alguna, causa son bastante a justificar la necesidad de que el Estado ejerza una acción tutelar más intensa y eficaz sobre los intereses de los asegurados”*^{84 85}.

Continúa el referido Preámbulo diciendo que, entre otras consideraciones, *“el extraordinario desarrollo del Seguro, imponen como apremiante deber de los Poderes Públicos una estrecha vigilancia, una inspección idónea y una prudente garantía de las operaciones de las Empresas aseguradoras, que a la vez que afirmen un crédito consagren por la eficacia de las leyes la bondad de la previsión del ahorro, logrado a costa de grandes sacrificios y de no menos privaciones”*⁸⁶.

En lo anteriormente expuesto queda ya patente que el fin fundamental de la nueva regulación es, aunque no se cite expresamente, la solvencia de las Aseguradoras, para que éstas puedan estar en condiciones de hacer frente a sus compromisos frente a los asegurados, los cuales, en términos generales, no pueden tener conocimientos y capacidad para conocer la complejidad de la actividad aseguradora.

No otra cosa se puede querer pretender cuando se establece:

- La exigencia de Depósitos Necesarios y Capitales Sociales Mínimos iniciales para poder operar (art. 2 de la ley).

- La obligatoriedad de incluir en los contratos y pólizas las cifras de capital social, suscrito y desembolsado (art. 13 de la ley).

- La necesidad de confeccionar anualmente una Memoria acompañada del Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, que debía ser remitida a la Inspección de Seguros, publicada en la Gaceta de Madrid (hoy B.O.E.) y puesta a disposición de los asegurados para que éstos la pudieran adquirir (art. 14 de la ley).

- La obligatoriedad de constituir e invertir adecuadamente las Reservas Matemáticas y de Riesgos en Curso que constituyen uno de los instrumentos básicos de la solvencia de las entidades, al establecer las obligaciones futuras que frente a sus asegurados tienen aquéllas asumidas en el momento de su constitución (en general anualmente) y cuyos correctos cálculo e inversión garantizan la disponibilidad económica para abonar las indemnizaciones que correspondan.

⁸⁴ Vid. autores nota anterior, obs.cits. pp. 163; 173 y 174; y 5, respectivamente.

⁸⁵ Vid. Preámbulo del Proyecto de Ley de Seguros de 14 de Mayo de 1908 en “Recopilación legislativa de Seguros”. Boletín Oficial de Seguros y Ahorro. Madrid: Edit.Góngora, 1947, p. 1751.

⁸⁶ Op. cit. nota anterior, p. 1752.

- La necesidad de formular y presentar las bases técnicas y tarifas empleadas para sus operaciones, documentos estos fundamentales en la configuración técnica de la actividad aseguradora, en los cuales se plasman los cálculos estadísticos que la moderna Ciencia Actuarial utiliza para tratar de establecer las primas suficientes que el asegurador debe recaudar de su colectivo de asegurados para poder hacer frente a las indemnizaciones que dicho colectivo genere.

C. Publicación y contenido de la Ley de Seguros de 1908.

Dicha Ley, con la larga denominación de *Ley relativa a la inscripción en el Registro que al efecto se establece de las Compañías, Sociedades, Asociaciones y en general todas las entidades que tengan por fin realizar operaciones de seguro*, fue publicada en la Gaceta de Madrid del día 15 de Mayo de 1908⁸⁷.

Constaba de cuatro Títulos, 39 artículos y 6 Disposiciones Transitorias a lo largo de las cuales “acertadamente -en función de su época- se consagraba toda una correcta lección sobre control financiero de las entidades aseguradoras”⁸⁸.

En síntesis, el contenido de la Ley era el siguiente:

“El título I, artículos 1º al 20, se dedicaba a “*Disposiciones Generales*”, regulando la obligatoriedad de inscripción en el Registro que al efecto se creaba, capitales exigidos, tarifas, depósitos, requisitos especiales para las entidades extranjeras, motivos de denegación de la inscripción y seguros prohibidos. El título II -artículos 11 al 23- con el rótulo de “*De la publicidad y garantías*”, legislaba el funcionamiento de las entidades tontinas y chatelusianas -entonces en pleno auge-, inserciones obligadas en las pólizas, propaganda, Memoria social, balances, reservas y competencia en materia de litigios. El título III -artículos 24 al 31- se refería a la *Junta Consultiva de Seguros e Inspección de Seguros*, que creaba, previéndose igualmente la creación del Cuerpo de Corredores jurados de Seguros. Estableció un impuesto anual del 1 por 1.000 con cargo a las entidades aseguradoras, que giraría sobre las primas o cuotas, para compensar al Estado de los gastos que ocasiona el servicio. Fue creado el *Boletín Oficial de Seguros*. El título IV y último -artículos 32 al 39- fue dedicado a las *responsabilidades y sanciones* en que podían incurrir las entidades aseguradoras. También se reguló la disolución forzosa de éstas por pérdida de la mitad del capital suscrito”⁸⁹.

D. Naturaleza jurídico-administrativa de la Ley de 1908.

La ley referida nace para desarrollar su ámbito de acción en la esfera del Derecho Administrativo.

Así, en palabras de BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, “no quiso la ley de Seguros traspasar el límite infranqueable de la esfera de acción del Poder ejecutivo, por lo que se limitó correctamente a exigir determinado capital social, suscrito y efectivo o desembolsado, aprobando los modelos de las pólizas, las tarifas de primas adoptadas

⁸⁷ “Gaceta de Madrid” de 15 de Mayo de 1908. Sumario y pp. 789 a 792, y “Colección legislativa de España”. Primera Serie, Parte Primera, Tomo XXXII, Vol II de 1908, pp. 265 a 282.

⁸⁸ BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, L. Ob.cit., p. 8.

⁸⁹ Idem nota ant., pp. 8 y 9, nota 11.

para sus operaciones, exigiendo depósitos previos de garantía, así como reservas matemáticas, de riesgos en curso y de siniestros pendientes, comprobando su constitución y cuantía, imponiendo la publicación anual de Memorias, balances y cuentas de Pérdidas y Ganancias conforme a modelos oficiales, comprobando en el domicilio social de las entidades las operaciones que realicen para formar juicio del régimen legal y situación económica de las mismas y, en fin, sancionando con multas y otras penalidades las infracciones que puedan cometerse en el cumplimiento de las obligaciones que quedan señaladas. Hasta ese límite llegan la intervención y fiscalización del Estado, pero no más allá; las contiendas entre aseguradores y asegurados por razón del contrato de seguro, la interpretación de éste y cuantos incidentes se susciten con motivo de la ejecución de lo pactado entre ambas partes, todo ello queda sometido a los Tribunales de justicia o, en su caso, a la resolución de árbitros y amigables componedores, si las partes se hubieren sometido expresamente a ellos, para dirimir sus contiendas. En este segundo aspecto, esto es, cuando se trate de regular la vida y efectos del contrato, no es el Derecho administrativo, sino el Derecho Privado -mercantil o civil-, perteneciendo exclusivamente a los Tribunales y Juzgados la potestad de aplicar las leyes que integran este Derecho, regulador de las relaciones jurídicas entre partes.”

“Quede, pues, bien señalada esa línea divisoria e infranqueable entre ambas potestades, por lo que al seguro se refiere: el Poder ejecutivo, para regular la vida de las entidades aseguradoras, en cuanto ejercen esa industria; el Poder judicial, para cuanto se refiere a la relación jurídica que, por razón de la póliza, se establece entre asegurador y asegurado, originándose derechos y obligaciones entre las partes, que los tribunales definen y amparan, siendo incompetente la Administración pública para entender en la interpretación y ejecución del contrato”⁹⁰.

E. Efectos de la Ley.

En opinión de la doctrina, esta ley “produjo magníficos frutos en el campo patrio del seguro, permitiendo a éste su desarrollo pleno con la decidida confianza que le fue prestada por la masa asegurada española”⁹¹, y es también la siguiente Ley de 16 de Diciembre de 1954 sobre Ordenación de los Seguros Privados la que en su Exposición de Motivos reconoce que “prácticamente se inicia con el siglo el desarrollo de la institución aseguradora en nuestro país, y su floreciente desenvolvimiento, la importancia que ha adquirido se debe en gran parte a las sabias normas que para su ordenamiento jurídico estableció la ley de 14 de mayo de 1908. Su articulado, en notable desacuerdo con el espíritu de la época, influenciada por los principios del liberalismo económico, señalaba una posición intervencionista del Estado en las Empresas, a fin de otorgar a los particulares que confiaban a éstas sus intereses la necesaria salvaguardia y garantía; no cabe duda de lo acertado del camino seguido si se considera el reducido número de casos en que una mala administración o un error de la técnica hayan producido perjuicios a los asegurados españoles”⁹².

⁹⁰- BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, F. Ob.cit., pp. 164 y 165.

- Vid. tb. CABALLERO SANCHEZ, E. Ob.cit. p. 174 y BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, L. Ob.cit. p. 7, citando ambos al anterior.

⁹¹ BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, L. Ob.cit., p. 9.

⁹² Ley sobre Ordenación de los Seguros Privados de 16 de Diciembre de 1954. Exposición de Motivos. B.O.E. de 19 de Diciembre de 1954.

*1.2. Desarrollo reglamentario de la Ley de 14 de Mayo de 1908*⁹³

1.2.1. El Reglamento Provisional de 26 de Julio de 1908.

A. Mandato de la Ley.

La Ley de 1908 disponía en su Disposición Transitoria Primera que aquélla entraría en vigor a los “seis meses de su promulgación, a cuyo efecto, tres meses antes estará publicado por el Ministerio de Fomento el reglamento provisional para su aplicación”⁹⁴.

Así, por *Real Decreto de 26 de Julio de 1908* se aprobó el referido *reglamento provisional* que estuvo vigente hasta la publicación del definitivo de 2 de Febrero de 1912⁹⁵.

No quiso, pues, el legislador que tan importante y novedosa ley para la época iniciara su andadura sin el soporte del correspondiente desarrollo reglamentario.

B. Estructura y contenido del Reglamento Provisional

Dicho Reglamento se componía de 122 artículos y 19 Disposiciones Transitorias y su estructura era la que consta en nota a pie de página⁹⁶

⁹³ Recopilación Legislativa de Seguros, ob. cit. pp. 1752 a 1787.

⁹⁴ Recopilación Legislativa de Seguros, ob. cit. p. 1752.

“Gaceta de Madrid” de 15 de Mayo de 1908, p.

⁹⁵ Colección Legislativa de España. Primera serie. Tomo XXXII, vol. 2º de 1908, abril a julio, pp. 757 a 811.

⁹⁶ Cap. I. Disposiciones Generales (arts. 1 a 3).

Cap. II. De la INSCRIPCIÓN (arts. 4 a 24)

- a) Solicitud y documentos anexos.
- b) Presentación de las bases técnicas.
- c) Depósito necesario.
- d) Requisitos especiales para las Empresas extranjeras.
- e) Entidades exceptuadas.
- f) Resolución de la solicitud.

Cap. III. De la PUBLICIDAD Y GARANTIAS (arts. 25 a 84)

- I. Constitución y Administración de Entidades Asociaciones en forma tontina.
- II. Administración de las Empresas de Seguros.

- a) Documentos, libros y registros.
- b) Cuentas de cada ejercicio.
- c) Contabilidad especial de las compañías extranjeras.
- d) Aclaraciones pedidas por la Inspección de Seguros.

III. Gestión Técnica

Destaca en el articulado del Reglamento el número de 60 artículos, casi la mitad del total, que constituyen el Capítulo III sobre *Publicidad y Garantías*, en el cual se contienen las entonces novedosas normas sobre la *Administración* de empresas de seguros -Libros Registro de pólizas emitidas, anuladas y cobradas; contenido del Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, etc.- y sobre la *Gestión Técnica* de dichas empresas -constitución de las reservas técnicas matemáticas y de riesgos en curso, normas y bienes aptos para invertir las mismas y formas de acreditar dicha inversión, etc.-. A estas últimas el Reglamento les dedica 23 artículos.

Se contienen, pues, en la amplia regulación del referido Capítulo III el conjunto de normas que regulan instrumentos fundamentales y necesarios para que la gestión de las entidades aseguradoras pueda realizarse en condiciones de rigor en su administración y de solvencia suficientes para hacer frente a las obligaciones adquiridas con sus asegurados.

C. Normas de desarrollo del Reglamento Provisional de 26 de julio de 1908

Como es lógico, y más tratándose de una actividad, la aseguradora, cuya avanzada regulación jurídica para la época constituía una novedad en nuestro ordenamiento, el Reglamento Provisional, hasta su derogación por el definitivo, fue objeto de un amplio desarrollo complementario.

Merecen ser destacados en tal sentido la *Real Orden de 18 de Enero de 1909* que fijó los “requisitos de los valores mobiliarios aptos para cubrir depósitos necesarios y cubrir reservas” y la *Real Orden de 31 de Marzo de 1909* que aprobó los “modelos reglamentarios de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y anexos”⁹⁷ de información contable, económica y estadística.

-
- a) Reserva Matemática.
 - b) Reserva de Riesgos en Curso.
 - c) Inversión de las reservas.
 - d) Forma de acreditar la inversión.
 - e) Depósito relativo a las reservas.
- Cap. IV. JUNTA CONSULTIVA DE SEGUROS (arts. 85 a 93)

- a) Constitución.
- b) Comisario General.
- c) Atribuciones de la Junta Consultiva.
- d) Funcionamiento.

Cap. V. OBJETO Y ORGANIZACION DE LA INSPECCION DE SEGUROS (arts. 94 a 112)

- a) Del personal y su nombramiento.
- b) De la fianza y juramento.
- c) Del ejercicio de la acción investigadora.
- d) Del Boletín Oficial de Seguros.
- e) Del impuesto especial.

Cap. VI. APLICACION DE LAS PENALIDADES (arts. 113 a 122)

Cap. VII. DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

⁹⁷ Recopilación Legislativa de Seguros, ob. cit. p. 1881.

La referida Real Orden de 18 de Enero de 1909, en cumplimiento de lo establecido por el art. 17 de la Ley de 1908 y los arts. 16 y 60 de su Reglamento Provisional, publicó la “lista de valores que serán aceptados a las Compañías y demás entidades aseguradoras para constituir el depósito necesario y las reservas matemáticas y de riesgos en curso”, desarrollo cuya importancia se reconocía en la parte expositiva de dicha Real Orden, “*por la necesidad de facilitar (...) la gestión de los aseguradores y garantizar (...) del modo más completo y absoluto los intereses de los asegurados*”⁹⁸.

Por otra parte, la R.O. de 31 de marzo de 1909 incorporaba un total de 19 modelos contables y estadísticos que estarían vigentes hasta que, una vez publicado el Reglamento definitivo, fueran redactados, asimismo, los modelos también definitivos⁹⁹.

La exigencia de que las entidades aseguradoras, según su forma jurídico-social y la naturaleza de sus operaciones, cumplimentaran, con carácter uniforme, dichos modelos contables constituyó la primera manifestación temprana de un proceso posteriormente ampliado y mantenido hasta el presente, que empieza a considerar la transparencia en la gestión de las entidades como una premisa, necesaria e ineludible, sin cuya existencia previa resultarían estériles las normas que tratan de garantizar los derechos de los asegurados y la solvencia de las entidades.

1.2.2. El Reglamento definitivo de 2 de Febrero de 1912.

A. Publicación del proyecto en su texto definitivo

Por *Real Orden de 13 de Enero de 1911* se dispuso la publicación en la *Gaceta de Madrid* del *proyecto de reglamento definitivo* para la aplicación de la Ley de Seguros. Dicha norma abrió un periodo de información de quince días para que todos aquellos que pudieran verse afectados en sus intereses o derechos formularan por escrito las alegaciones que estimasen pertinentes, antes de la remisión del proyecto al Consejo de Estado para su tramitación¹⁰⁰.

Por *Real Decreto de 2 de Febrero de 1912* se publicó el *Reglamento definitivo* que constaba de 187 artículos y 2 Disposiciones Adicionales, que incluía en sus anexos los nuevos modelos contables que deberían formalizar las entidades aseguradoras¹⁰¹.

B. Estructura y contenido del Reglamento definitivo de 1912

Su estructura y contenido se exponen en nota apie de página¹⁰².

⁹⁸ Recopilación Legislativa de Seguros, ob. cit. p. 661.

⁹⁹ Recopilación Legislativa de Seguros, ob. cit. pp. 1787 a 1815.

¹⁰⁰ Recopilación Legislativa de Seguros, ob. cit. p. 1815.

¹⁰¹ “Gaceta de Madrid” de 16, 17,18,19,20,21,22 y 28 de febrero de 1912 y PORTOLES DE AZNAR, Miguel y RUIZ DE CLAVIJO, José, “Guía Legislativa de Seguros”, Madrid, 1943, pp. 629 a 738

¹⁰² SECCION PRIMERA: DISPOSICIONES GENERALES (arts. 1 a 76)

Cap. I. Disposiciones comunes.

- a) Sociedades sometidas a la Ley y al Reglamento.
- b) Contrato de seguro.
- c) Solicitud de inscripción y registro.
- d) Modelos de pólizas.

e) Depósito previo.

Cap. II. Disposiciones especiales

- a) Inscripción y funcionamiento de Empresas aseguradoras mercantiles e industriales.
- b) Sociedades puramente mutuas.
- c) Entidades mutuas con Empresa fundadora y gestora.
- d) Sociedades aseguradoras extranjeras.
- e) Sociedades exceptuadas.

SECCION SEGUNDA: PUBLICIDAD Y GARANTIAS (arts. 77 a 117)

Cap. I. Requisitos de la publicidad.

Cap. II. Libros registro.

Cap. III. Balances, cuentas de pérdidas y ganancias y memorias.

Cap. IV. Bases técnicas.

Cap. V. Justificación, aumento y disminución de las reservas.

SECCION TERCERA: LIQUIDACION Y EXTINCION DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS (arts. 118 a 136)

Cap. I. Reglas generales.

Cap. II. Disposiciones generales

- a) Liquidación y extinción de las Compañías mercantiles e industriales de seguros.
- b) Entidades aseguradoras puramente mutuas.
- c) Entidades aseguradoras mutuas con Empresa mercantil o industrial gestora.
- d) Entidades aseguradoras extranjeras.
- e) Entidades exceptuadas.

SECCION CUARTA: JUNTA CONSULTIVA E INSPECCION DE SEGUROS (arts. 137 a 161)

Cap. I. Constitución y funcionamiento de la Junta Consultiva.

- a) Elección y designación de vocales.
- b) Facultades del Presidente.
- c) Atribuciones de la Junta Consultiva.

Cap. II. Comisaría e Inspección de Seguros.

- a) Del Comisario general y del personal de inspección, técnico y administrativo.
- b) Del impuesto especial.
- c) Boletín Oficial de Seguros.

SECCION QUINTA: DE LA ACCION INVESTIGADORA Y DE LAS RESPONSABILIDADES (arts. 162 a 187)

Cap. I. Visitas de inspección.

Cap. II. Responsabilidades en que puedan incurrir las entidades aseguradoras.

Cap. III. Correcciones que pueden imponerse al personal de la Comisaría e Inspección.

DISPOSICIONES ADICIONALES. (1ª y 2ª).

ANEXO: DOCUMENTACIÓN ESTADÍSTICO-CONTABLE.

Balances; cuentas de pérdidas y ganancias y demás modelos contables económicos y estadísticos.

C. Aplicación del reglamento y posteriores modificaciones

El Reglamento de 2 de febrero 1912 tuvo una larga vigencia de algo más de 73 años, hasta su derogación al publicarse el Reglamento de 1 de agosto de 1985 que desarrolló la Ley de 2 de agosto de 1984 sobre Ordenación del Seguro Privado.

En su dilatada vida, casi tres cuartos del siglo XX, el sector asegurador español, al igual que el resto de la economía y la sociedad españolas, experimentaron importantísimas transformaciones que le hicieron ir perdiendo eficacia normativa paulatinamente ya que, como es lógico, una norma pensada para el entorno social y económico de principios de siglo no podía rendir similares frutos casi a finales del mismo.

A pesar de ello el Reglamento de 1912 gozaba de las bondades que caracterizaron, en general, a los grandes cuerpos legislativos españoles de finales del siglo XIX y principios del XX. Su extensión y precisión en la redacción y terminología técnica, le mantuvieron útil durante un largo periodo de tiempo como el importante instrumento regulador que era.

Ello no impidió, no obstante, que debido al dinamismo de los cambios que se producen en la actividad aseguradora surgiera ya en época temprana un considerable número de disposiciones complementarias que aclaraban o desarrollaban determinados aspectos de su articulado a las cuales se hará referencia más adelante.

La vigencia del Reglamento puede dividirse en *dos grandes periodos*, el primero hasta la publicación de la Ley de 16 de diciembre de 1954 y el segundo desde dicha ley hasta su derogación en 1986.

Durante el *primer periodo (1912-1954)* la norma reglamentaria sufrió numerosas modificaciones, aclaraciones y desarrollos con el fin de adaptar su texto a las necesidades del momento o a lo que aconsejaba la práctica y aplicación de la propia norma.¹⁰³

Se relacionan a continuación las principales de ellas, señalando, de manera sucinta, el rango de la norma modificadora, su fecha, la materia y el artículo del Reglamento al que afecta:

- *R.O. de 4-3-1912* que prohíbe el seguro de quintas (deja sin efecto el artº 108).
- *R.O. de 1-4-1913* sobre obligación de presentar balance las compañías extranjeras, no solo cuenta de resultados (aclarar artº 97, párr. 4).
- *R.D. de 2-7-1914 y R.O. de 8-8-1914* sobre mutualidades y asociaciones tontinas y chatelusianas (arts. 41, 44 y 91).
- *R.D. de 26-4-1918* sobre funciones de la inspección de seguros (complementa el artº 162).
- *R.O. de 28-1-1919* sobre reposición de valores del depósito necesario en caso de depreciación (aclarar artº 115-b).

¹⁰³ “Leyes y Reglamentos de Seguros” Rev. Financiera. Edit. Góngora. Madrid 1945. Y “Recopilación Legislativa de Seguros”. Ob. cit. Vol. principal y sus tres apéndices (1908 a 1954)

- *R.D. de 13-8-1920* que somete a las compañías dedicadas al seguro de transporte, terrestre o marítimo, a la ley de 1908 (deja sin efecto el artº 75).
- *R.D. de 23-12-1921* sobre bienes aptos para inversión (modifica implícitamente el artº 93-i, referente a las compañías chatelusianas).
- *R.D. de 24-11-1922* sobre valores mobiliarios (modifica arts. 19, aps. 2º y 3º y añade un párr. final; 85-c-últ. párr. y 110, párr. final).
- *R.O. de 21-8-1923* sobre requisitos de los préstamos hipotecarios otorgables por las compañías tontinas (artº107).
- *R.D. de 20-12-1924* sobre impuesto del 1 por mil (arts 155 y 156).
- *R.O. de 9-6-1925* sobre tablas de mortalidad (artº 99-a).
- *R.O. de 9-1-1928* sobre imposibilidad de que las entidades en liquidación puedan renovar contratos (aclara artº 121).
- *R.D. de 28 12-1934* aprueba el nuevo modelo contable nº 7 sobre valores mobiliarios (anexo al reglamento)
- *O.M. de 31-1-1936* sobre devolución del depósito previo (aclara artº121).
- *Ley de 12-1 1940* que da nueva regulación a la Junta Consultiva de Seguros (deroga los arts 138 a 146).
- *O.M. de 18-3-1943* que corrige errata e incluye las entidades de reaseguro en el ámbito de aplicación del reglamento (artº 3, primer parr.).
- *D. de 10-5-1946* sobre valores mobiliarios (modif. Artº 85-c).
- *D. de 30-9-1949* sobre condicionamiento de las pólizas (modif. Artº 18).
- *D. de 19-1-1951* sobre condiciones de los valores mobiliarios (modif. Artº 19-3).

Además de las referidas disposiciones que modificaron los artículos citados del Reglamento de 1912, algunos otros sufrieron diversas modificaciones a lo largo de la vigencia del mismo.

Así ocurrió con los siguientes artículos:

- Artº 31, referido a las entidades que practicaran el Seguro de Accidentes del Trabajo. La numerosa legislación que surgió sobre el tema provocó frecuentes modificaciones en el texto original.

- Artº 106, sobre el cálculo de reservas anuales:

- *RR.OO. de 1-9-1917 y de 1.10.1918* sobre reserva de siniestros pendientes del seguro de Enfermedad

- *R.O. de 14-7-1921* que declara obligatoria la inscripción de las compañías de reaseguro.

- *R.O. de 18-11-1921* que regula las reservas de riesgos en curso y las de siniestros pendientes del Seguro de Transporte.

- *R.O. de 22-12-1921* sobre régimen general de la reserva de siniestros pendientes de liquidación y pago

- *R.O. de 27-3-1922* sobre reserva de riesgos en curso del Seguro de Transporte.

- Artº 123 sobre extinción y liquidación de entidades:

- *R.D. de 7-3-1922* sobre cesión de cartera.

- *R.O. de 10-12-1921* sobre liquidación intervenida de sociedades de seguros.

- *R.D. de 10-11-1924* que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y en especial los arts. 1333 y 1348 en lo referente a las suspensiones de pagos y quiebras de las compañías de seguros.

- Arts. 147 a 153 sobre la Comisaría y la Inspección de seguros:

- *RR.DD. de 29-9-1918, 30-7-1921 y 24-11-1922;*

- *R.O. de 21-2-1929;* y

- *RR.DD. de 13-6-1930, O.M. de 27-9-1951, O.M. de 1-7-1952:* todos ellos se refieren, principalmente a aspectos de régimen interno del Órgano de Control, organización, plantillas, creación y refundición de cuerpos, criterios de selección, régimen de los funcionarios. Son normas que, aún siendo importantes, al ser más propias del régimen jurídico económico propio de la función pública no regulan aspectos de fondo y sustantivos relativos al control y la supervisión.

En resumen, un total de 34 artículos modificados, aclarados o derogados. Si de ellos excluimos los 9 referentes a la Junta Consultiva y los 7 relativos a la Comisaría e Inspección de Seguros, cuyo contenido es más de carácter orgánico, son solo 18 los artículos que hacen referencia a aspectos sustantivos de la supervisión y que resultan modificados hasta la publicación de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

Ello sirve de base para concluir que durante este primer periodo de casi 43 años el reglamento ahora comentado cumplió con suficiente eficacia la misión que tenía encomendada en tanto que norma de desarrollo de la Ley de 1908.

Durante el *segundo periodo* de vigencia, antes indicado (1955-1985), la adaptación del texto reglamentario a las realidades que pretendía regular sufrió un paulatino e importante deterioro.

Los importantísimos cambios sociales, económicos, y políticos que afectaron a España en este periodo, -incluida la creación y evolución de la hoy Unión Europea, cuya influencia normativa se dejó sentir en el Derecho del Seguro Privado español incluso antes de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, como veremos más adelante-, hicieron que el Reglamento de 1912 perdiera virtualidad a pasos acelerados.

A ello contribuyó la anómala situación, provocada por la falta de desarrollo reglamentario de la Ley de 16 de diciembre de 1954, que supuso mantener en vigor una norma pensada para otras situaciones y realidades muy distintas a las que se produjeron en el referido periodo de tiempo.

La citada ley en su Disposición Adicional nº 10 declaró en vigor el reglamento de 1912 :*“hasta tanto que se publique el que se dicte para la aplicación de esta ley y en lo que no se oponga a sus preceptos.”*. Curiosamente la Ley no estableció plazo para la redacción del Reglamento¹⁰⁴.

¹⁰⁴ “El texto de este Reglamento ha sufrido constantes y sucesivas modificaciones, por lo que también resulta de inexcusable oportunidad la redacción de un nuevo Reglamento y más aún cuando aparece promulgada la nueva Ley de 1954”. BENITEZ DE LUGO REYMUNDO.L. Ob. cit. p.. 9.

Una vez publicada la ley de 1954, en opinión de BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, se encontraban derogados los siguientes artículos del Reglamento: 1; 4; 8, núm. 2; 19, núm. 2; 20, párr. primero; 32; 37, letra b); 42 a 46; 55 a 64; 71; 74 a 76; 77, últimos tres párrs.; 80 a 82; 91 a 96; 107; 108; 110, párrs. cuarto a duodécimo; 117. últ. párr.; 125; 126; 130 a 132; 135; 136; 139; 141, letras a) a h); 144; 146, párr. segundo; 150 a 153; 157, párr. segundo; y 183 a 187.¹⁰⁵

En resumen, un total de sesenta y un preceptos afectados, -casi la tercera parte del texto reglamentario-, de los cuales cincuenta y uno estaban derogados totalmente y diez lo estaban parcialmente.

1.3.- Legislación complementaria y de desarrollo.

El largo periodo de vigencia de la Ley de 1908 y, sobre todo, los importantes cambios producidos en la situación del sector asegurador, cuya actividad está siempre en permanente evolución técnica, jurídica, social y económica, generaron un amplio conjunto de disposiciones que desarrollaron y complementaron el contenido de dicha Ley y del Reglamento de 1912.

Durante el indicado periodo se dictaron un total de 973 disposiciones relacionadas con el seguro, incluyendo las que regulaban el entonces denominado “ahorro popular”, de las cuales 112 hacían directa referencia a contenidos propios de la actividad de control financiero y supervisión que el Estado ejerce sobre el sector asegurador,¹⁰⁶ tales como:

- Valores mobiliarios.
- Balances y cuentas de pérdidas y ganancias.
- Inversión de reservas técnicas.
- Cálculo de provisiones técnicas
- Capitales y depósitos necesarios
- Ampliación del ámbito subjetivo de la ley.
- Reaseguro.

“El Reglamento de 1912 – aparte de las modificaciones que ha recibido con motivo de la publicación de la LSP y por medio de otras disposiciones posteriores- había sido objeto de frecuentes alteraciones con anterioridad a 1954. Pero su permanencia en vigor crea una situación anómala, que va -a nuestro entender- contra la propia esencia y finalidad de los reglamentos. Como es sabido, estos se dictan con la finalidad de facilitar la ejecución de las leyes y deben ser una derivación de las mismas. Por esto resulta absurdo que dictada una ley como la LSP, cuya exposición de motivos hace notar su progreso sobre la de 1908, permanezca en vigor un reglamento redactado precisamente para aplicar ésta.”. SANCHEZ CALERO, Fernando. “Curso de Derecho del Seguro Privado”. p. 35. Ediciones Nauta. S.A. 1961.

“De acuerdo con las disposiciones legales vigentes en España, que son fundamentalmente las Ley de Ordenación del Seguro Privado de 16 de diciembre de 1954 y el Reglamento de 2 de febrero de 1912, dándose la paradoja de que aplique un reglamento cerca de medio siglo anterior a la ley”. GONZALEZ-BUENO LILLO. F. “Regulación del control de la actividad aseguradora privada”, en “Coloquios sobre Seguros Privados”. Revista Española de Seguros. Madrid. 1976.

Vid. Tb. DEL CAÑO ESCUDERO.F. “Derecho Español de Seguros”. 3ª Ed. Tomo I, pp. 33 y 34. Madrid. 1983.

¹⁰⁵ BENITEZ DE LUGO REYMUNDO. L. Ob, cit. pp. 9 a 51.

¹⁰⁶ Recopilación Legislativa de Seguros. Tomo ppal. y Apends. I,II y III. (1908 a 1954). Boletín Oficial de seguros y Ahorro. Dirección General de Seguros.y Ahorro. Góngora. Madrid. 1947.

- Liquidación de entidades.
- Valoración de inmuebles
- Suspensiones de pagos.
- Inversión de reservas técnicas.
- Entidades de ahorro, capitalización y similares.
- Formas jurídico-sociales admitidas.
- Publicidad del capital suscrito y desembolsado.
- Consorcio de compensación de seguros.
- Mutualidades de previsión social.
- Seguro colectivo o de grupo.
- Suspensión de nuevas inscripciones.
- Modelos de anexos de la documentación estadístico-contable
- Tablas de mortalidad
- Estadística del seguro privado

Casi la mitad de dichas disposiciones hacían referencia a materias tan importantes para el control financiero como las relativas a “balances y cuentas de pérdidas y ganancias” (24 disposiciones) y a “cálculo e inversión de reservas técnicas” (23 disposiciones).

De entre todas las normas dictadas en el periodo de referencia merecen ser destacadas las siguientes:

- *R.D. de 26-4-1918* que modifica el artº 162 del reglamento aclarando importantes aspectos relativos a la práctica de las visitas de inspección.

- *R.D. de 13-8-1920* que declara sometidas a la Ley las compañías dedicadas al seguro de transporte que habían sido exceptuadas inicialmente por la Ley de 1908.

Esta reforma venía a reparar una gran incongruencia con el espíritu de la propia Ley que ya había sido severamente criticada por la doctrina del momento.

Así, BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ, se expresaba al respecto en los siguientes términos: “La excepción que la ley comprendía (...) desnaturalizaba a la propia ley, contrariando los principios que la informan y la letra de todos sus preceptos, ya que la excepción favorece a entidades que practican operaciones de Seguros exclusivamente mercantiles”. ”Esta excepción no se comprendía en el proyecto de Ley (...) aprobado por el Senado; fue introducida furtivamente en el Congreso, en la última hora en que se puso a discusión el dictamen de la Comisión mixta, ajeno en absoluto a este particular, a virtud de una enmienda verbal presentada por un diputado de la mayoría (...) Esta excepción, digámoslo de una vez, es el sello de servidumbre y esclavitud que el poder abrumador de un Estado extranjero, y la debilidad e incomprensión de algunos españoles, impuso (...) para que el Seguro de transporte marítimo pudiera seguir explotado por sus privilegiados aseguradores extranjeros sin trabas ni enojosas intervenciones (...) al estímulo de esta libertad industrial sin trabas, con ocasión de la guerra europea, el Seguro marítimo alcanzó en España un desarrollo tan inusitado que llegaron a operar más de 150 empresas que, sin estar sujetas a la

Inspección de Seguros, se convirtieron muchas de ellas en entidades de especulación”¹⁰⁷.

- *R.O. de 10-12-1921* modificada en sus núms. 5º y 6º por la O.M. de 14-7-1936, que ampliaron y aclararon la normativa y el procedimiento a seguir en los supuestos de liquidación de entidades de seguros y desarrollaron tanto los escasos preceptos que la Ley de 1908 dedicó a esta materia (artº 21; artº. 33, párr. tercero y artº. 37) como los contenidos en el reglamento de 1912 (arts. 118 a 136; 180 y 181)¹⁰⁸.

- *R.D. de 10-11-1924* (desarrollado por la R.O. de 5-12-del mismo año) que estableció la obligatoriedad de que el Comisario, el Depositario y uno de los Síndicos, en el caso de quiebras, y dos de los tres Interventores, en el caso de suspensión de pagos, deberían ser funcionarios del “Cuerpo de Inspección Mercantil y de Seguros”, para lo cual fueron modificados los arts. 1333 y 1346 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

También este R.D. mereció las críticas del tratadista BENITEZ DE LUGO el cual, continuando en la línea de sus críticas a la referida R.O. de 10-12-1921, no concebía “que una Entidad de Seguros pueda ser declarada en quiebra, sin que preceda su liquidación en los términos que el Reglamento de Seguros prescribe, para satisfacer las obligaciones contraídas por aquellos con los asegurados por razón de los contratos de Seguros, aplicando, cuando sea necesario, los depósitos, reservas y el capital social, que están especialmente afectos al cumplimiento de tales obligaciones (...) Es necesario, es indispensable poner término cuanto antes a este equívoco lamentable que desde las esferas del Poder, se viene padeciendo desde la malhadada Real orden de 10 de diciembre de 1921, ilegal e improcedente a todas luces, como lo son las disposiciones gubernativas promulgadas con posterioridad (...) pues por ellas, lejos de defender y amparar los derechos e intereses de los asegurados, se los desconoce y vulneran, infringiendo manifiestamente la Ley de 1908”¹⁰⁹.

- *R.D.-Ley de 9-4-1926* que creó en la entonces “Inspección Mercantil y de Seguros” un Registro e Inspección de las entidades de ahorro, capitalización y similares.

Siguiendo a DEL CAÑO ESCUDERO hay que señalar que “el propósito de este Real Decreto-Ley fue extender a las entidades de ahorro el régimen de tutela y vigilancia que para las entidades de seguros había establecido la Ley de 14 de mayo de 1908. Sin duda alguna que el propósito es digno de todo elogio, pero la disposición fue demasiado rigorista al someter a una misma disciplina a entidades muy diferentes comprendidas bajo la denominación genérica de *ahorro*”¹¹⁰.

Ello dió lugar a la publicación del *R.D.-Ley de 21 de noviembre de 1929* que estableció el “Estatuto del Ahorro Popular” y estaba dividido en tres partes: la primera dedicada al “Estatuto General del Ahorro Popular”; la segunda al “Estatuto de las Cajas

¹⁰⁷ BENITEZ DE LUGO RODRIGUEZ. F. Ob. cit. pp.325 y 326.

¹⁰⁸ No obstante la R.O. de 10-12-21 recibió importantes críticas por parte de la doctrina del momento. Véase al respecto: BENITEZ DE LUGO Y RODRIGUEZ. F. Ob. cit. pp. 583 a 585 y CABALLERO SANCHEZ. E. Ob. cit. pp. 157 y 158.

¹⁰⁹ BENITEZ DE LUGO Y RODRIGUEZ. F. Ob. cit. pp. 598 y 599.

¹¹⁰ DEL CAÑO ESCUDERO. F. Ob. cit, p. 234

Generales de Ahorro” y la tercera al “Estatuto de las Entidades Particulares de Ahorro, Capitalización y similares”.

A partir de este Real Decreto-Ley, comienza la separación de estos dos grupos de empresas, tanto desde el punto de vista normativo como desde el de la supervisión estatal que estará encomendada a órganos diferentes.¹¹¹

- *R.D.-Ley de 18-2-1927; Ley de 18-3-1944* (también conocida como “Ley de Garantías”); *Circular de la DGS de 25-4-1944* y *Ley de 20-12-1952*, que actualizaron las cifras de capitales mínimos y depósitos necesarios, para la inscripción y autorización de la entidades aseguradoras, garantías previas que han constituido siempre un requisito para garantizar, ante los asegurados, el normal desenvolvimiento de las entidades especialmente en sus momentos iniciales.

- *Ley de 12-1-1940* y, especialmente, la *Ley de 7-4-1952*, que modificaron el régimen de la Junta Consultiva de Seguros.

- *R.O. de 24-10-1925; R.D. de 5-1-1929* (desarrollado por las *RR.OO. de 3-3-1929 y 3-4-1929*); *R.D. de 11-6-1929* y *O.M. de 27-7-1931*, que fueron depurando los formas jurídico-sociales admitidas para la práctica del seguro. Así la R.O. de 1925 sometió a información pública la reforma del artº 1º del Reglamento de 1912 con el fin de “ponerlo de acuerdo con la ley” y prohibir a las personas naturales la posibilidad de constituirse en aseguradores, ya que había razones poderosas para pensar que este, (al igual que el provisional de 1908) se había extralimitado al admitirlas dado que la Ley de 1908 si bien no las prohibió taxativamente tampoco las reconocía expresamente pues se refería en esta aspecto a las “Compañías, Sociedades, Asociaciones y, en general, todas las entidades nacionales o extranjeras (...) cualesquiera que sea su objeto, forma o denominación”. A la vista de lo anterior el R.D. de 1929 prohibió las personas naturales, prohibición que el mismo R.D. hizo extensiva a las Sociedades Colectivas y a las Comanditarias, al tiempo que la O.M. de 1931 prohibió la práctica aseguradora a las Sociedades de Responsabilidad Limitada¹¹².

- *Leyes de 17-5-1940, de 24-6-1941 y de 17-10-1941; D. de 5-5-1944; O.M. de 16-6-54 y Ley de 16-12-1954*, que crearon y desarrollaron el hoy conocido como Consorcio de Compensación de Seguros, organismo que, a lo largo de su ya dilatada vida, ha desarrollado y sigue desarrollando una eficazísima labor en el sector asegurador español, destacando entre sus actividades la de compensación de riesgos extraordinarios.

- *Ley de 6-12-1941 y D. de 26-5-1943*, que regularon las Mutualidades de Previsión Social.

- *D. de 18-3-1949 y Ley de 16-7-1949*, que suspendieron la inscripción de nuevas entidades y la ampliación de ramos de las ya existentes.

¹¹¹ DEL CAÑO ESCUDERO. F. Ob. cit, p. 235

¹¹² Vid. SANCHEZ CALERO. F. Ob. cit., pp. 60 y 61. Tb. DEL CAÑO ESCUDERO. Ob. cit. pp. 46 y 47.

La citada ley estableció un periodo de prohibición de tres años con la finalidad de que pudiera incrementarse el volumen medio de primas por entidad.¹¹³ Solo se admitirían nuevas compañías si durante tres años consecutivos el incremento del promedio de primas ingresadas de las Compañías operantes en el ramo en cuestión era mayor que el año precedente. Dicha ley fue derogada por la de 20 de diciembre de 1952, referida anteriormente, que estableció nuevas cifras de capital social y de depósito necesario para que las entidades pudieran ser autorizadas.

2. SEGUNDA ETAPA: DE 1954 A 1977. CONSOLIDACIÓN DEL MODELO DE SUPERVISIÓN.

La Ley de 1908, su Reglamento de 1912 y el resto de la legislación complementaria de desarrollo fueron cumpliendo en general con su misión de dotar al seguro español de un conjunto normativo cuyo horizonte principal era la protección del asegurado y, consecuentemente, procurar que las entidades aseguradoras tuvieran la suficiente fortaleza económica para hacer frente a sus compromisos.

No obstante, el transcurso inexorable del tiempo, los cambios que el progreso y la evolución económica y social fueron introduciendo en España y en el entorno internacional, y la aparición de nuevos riesgos que obligaban a dar nuevas respuestas a los aseguradores, entre otras razones, fueron abriendo el camino para hacer sentir la necesidad de revisar el complejo normativo que constituía entonces el Derecho Público del Seguro Privado español.

Así, en opinión de HERNANDO DE LARRAMENDI, era necesario un sistema de vigilancia que reuniera las siguientes condiciones: “Igualdad objetiva de entrada en el mercado a quienes reúnan las garantías financieras exigidas; margen constante de solvencia real, en relación a las primas, con cese automático de operaciones en caso de rebajarse; prohibición de incluir en el activo del balance de las entidades partidas sin valor real; publicación de balances y cuentas claras y uniformes; regulación adecuada de reservas e inversiones; y régimen de inspección con sanciones de carácter penal para toda falsedad en la situación financiera o en las reservas”¹¹⁴.

Dos corrientes había en aquel momento: por una parte la que propugnaba una refundición de las diversas normas existentes, al no encontrar más defecto que la dispersión normativa¹¹⁵ y por otra parte los que consideraban que era necesaria una reforma en profundidad de la ley de 1908.

En este último sentido se expresaba BENITEZ DE LUGO REYMUNDO cuando decía que: “Todo cuanto hemos dicho sobre la importancia que en el campo del Seguro español tuvo la ley de 14 de mayo de 1908 y el reglamento dictado para su aplicación, de fecha 2 de febrero de 1912, era perfectamente compatible con la necesidad ineludible de proceder a una reforma de dichos textos legales y de cuanto se refiere al contrato de seguros (...) pero bastaría examinar las múltiples disposiciones dictadas como

¹¹³ Vid. Expos. de Motivos de la citada ley . Recop. Legislativa de Seguros. B.O. de Seguros. Apéndice II. p. 66.

¹¹⁴ HERNANDO DE LARRAMENDI Y MONTIANO. I. Rev. Riesgo y Seguro. B.O. de Seguros. I trimestre de 1950, pp, 44 y 45.

¹¹⁵ RUIZ SALAS. Rev. Riesgo y Seguro. B.O. de Seguros. III trim. 1951, p. 259.

complemento y rectificación obligada de la citada ley y reglamento (...), para concluir en la inexorable necesidad de proceder, no solo a una simple recopilación, sino al estudio de una verdadera ley sobre control financiero de las entidades aseguradoras (...) Era esta nuestra firme creencia, compartida por todos los tratadistas españoles (F. BENITEZ DE LUGO, LASHERAS, CABALLERO, DE-JUAN, GARRIDO Y COMAS, H. DE LARRAMENDI, etc), que debía irse sin dilación (...) al estudio de estas leyes de seguros (...). La novísima ley de 16 de diciembre de 1954 ha venido a llenar cumplidamente una de estas necesidades y esperamos confiados en el estudio y redacción de la nueva ley de contrato de seguros”^{116 117}.

*2.1.- La Ley de 16 de diciembre de 1954*¹¹⁸

2.1.1. Estructura y contenido de la ley

Se desarrolla en nota a pie de página¹¹⁹.

2.1.2. Novedades de la Ley de 1954 y comentarios

En el momento de su publicación la ley aportaba determinadas novedades entre las cuales, en síntesis, podemos citar las siguientes¹²⁰:

1ª. Menos intervención del Estado y más libertad de inversiones

¹¹⁶ BENITEZ DE LUGO REYMUNDO. L. Ob. cit. pp 59 y 60.

¹¹⁷ Vid. Tb. BLANC DIAZ. José María.”Coloquios sobre seguros privados”. Rev. Española de Seguros.p.13.Madrid. 1976.

¹¹⁸ Ley de 16 de diciembre de 1954. BOE de 19-12-54.

¹¹⁹ . TÍTULO PRIMERO: DISPOSICIONES GENERALES (Arts. 1 a 15).

Entidades sometidas y excluidas. Documentos para la inscripción. Capital social mínimo y depósito necesario. Solicitud de autorización y causas para su denegación. Caracteres de las asociaciones mutuas. Operaciones prohibidas.

TÍTULO SEGUNDO: REGISTRO ESPECIAL, PUBLICIDAD Y GARANTÍAS (Arts. 16 a.23).

Registro Especial en la DGS. Libros especiales. Memoria, balance, cuenta de pérdidas y ganancias, y anexos. Reservas técnicas.

TÍTULO TERCERO: FUSIÓN Y CESIONES DE CARTERAS (Arts. 24 a 29).

TÍTULO CUARTO: DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y AHORRO. JUNTA CONSULTIVA. INSPECCIÓN Y LIQUIDACIÓN. (Arts. 30 a 45).

Dirección General de Seguros y Ahorro. Boletín Oficial de Seguros. Junta Consultiva: composición y atribuciones. Cuerpo Técnico de Inspección de Seguros y Ahorro: atribuciones y procedimiento de las visitas de inspección.

TÍTULO QUINTO: INTERVENCIONES, SANCIONES Y JURISDICCIÓN. (Arts. 46 . 51).

Intervención administrativa de las entidades. Clases de sanciones. Instrucción del expediente sancionador. Jurisdicción aplicable a los litigios derivados de las pólizas. Norma derogatoria.

ARTÍCULOS ADICIONALES: 1º, 2º Y 3º.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS: 1ª a 10ª.

¹²⁰ Vid, BENITEZ DE LUGO REYMUNDO. L. Ob. cit. pp. 60 a 64.

Según establece la propia norma en su Exposición de Motivos, “*un criterio más amplio inspira la nueva ley de seguros que al retraer en parte la intervención del Estado y dejar a la iniciativa privada margen suficiente para que se revele el espíritu de empresa (...) permitirá (...) poner de manifiesto la capacidad financiera de los empresarios a través de una adecuada política de inversiones, pero manteniendo, sin embargo, la vigilancia que evite en momento oportuno la especulación o la tendencia peligrosa.*”¹²¹

2ª. Cifras de capital y depósitos más acordes con la realidad económica de aquel momento.

3ª. Equiparación de las entidades extranjeras con las nacionales, tanto en cuanto a capitales como exigiéndoles un mínimo de cinco años de actividad en su país de origen.

4ª. Establecimiento de los requisitos necesarios para considerar a una entidad como Asociación Mutua y los que deben constar como mínimo en los Estatutos de estas últimas.

5ª. Mayor libertad en el uso de la publicidad.

6ª. Exigencia de que las reservas matemáticas, de riesgos en curso y las de siniestros pendientes de pago estuvieran íntegramente en poder del asegurador sin que se admitiera deducción alguna por reaseguro.

Esta norma supuso reforzar la capacidad de pago de los siniestros por parte del asegurador, sin que pudiera admitirse dilación alguna fundamentada en la no constitución de las reservas que correspondían a la parte del riesgo cedida en reaseguro.

7ª. Regulación de las fusiones y cesiones de cartera.

8ª. Establecimiento de las causas de disolución.

9ª. Reconocimiento de rango legal a la regulación de las intervenciones, que la ley de 1908 no contemplaba.

La ley de 1954 despertó expectativas que con el tiempo no se cumplieron en su mayoría^{122, 123}, mereciendo con el paso del tiempo la poco benévola crítica de la doctrina.

Así se consideró que su alcance se ceñía principalmente “a regular -y no de una manera muy acertada por cierto- la inspección y el control del Estado”¹²⁴, que “contiene algunos progresos en relación con la de 1908, pero es bastante incompleta para la época en que se publicó”¹²⁵, o que “su esquema legislativo es idéntico a la Ley de 1908”¹²⁶

¹²¹ Expos. de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954. Últ. párr.

¹²² BLANC DIAZ. J.M. Ob. cit. p. 14.

¹²³ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE. Joaquín. “Coloquios de Seguros Privados”. Rev. Española de Seguros. Pag. 184. Madrid 1976.

¹²⁴ GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE. J. Op. cit. p. 186.

¹²⁵ DEL CAÑO ECUDERO. Fernando. “Derecho español de seguros”. Madrid 1974, p. 26.

¹²⁶ TIRADO SUAREZ. F.J. “Ley ordenadora del seguro privado”. Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla, 1984, p. 21.

Una vez publicada la Ley se abordó su desarrollo reglamentario, cuyos dos principales proyectos se produjeron en 1957 y 1959 y no llegaron a prosperar¹²⁷.

La falta de desarrollo reglamentario de la Ley, más necesario dado el escaso número de sus preceptos, -que como se señaló anteriormente, mantuvo en vigor hasta su derogación en 1984 el reglamento pensado para la ley de 1908-, convirtió en breve a la Ley en un instrumento insuficiente para hacer frente a las necesidades normativas del sector asegurador español, dando lugar a un cuantioso, extenso y, a veces, decisivo conjunto de normas, la mayor parte de ellas emanadas de la propia Administración, que desarrollaron la norma legal y trataron de hacer frente a la evolución normativa que la actividad aseguradora demandaba.

Esta había experimentado un desarrollo y unos cambios en su entorno social, económico e internacional, que si fueron importantes durante los cuarenta y seis años de vigencia de la ley de 1908, lo fueron todavía más y más acelerados, en los casi treinta años que duró la vigencia de la de 1954 y que comenzaron a manifestarse ya a los pocos años de ser publicada, especialmente a raíz de que el I Plan de estabilización Económica de 1959 comenzara a dar fruto.

Por ello pronto se consideró que lo que hacía falta no era tanto el desarrollo reglamentario de la Ley como un nuevo texto legal que la sustituyera, apareciendo enseguida los trabajos preparatorios destinados a tal fin. Así podemos citar los Anteproyectos no publicados de 1967, y 1972, seguidos más tarde de los Proyectos de 30 de abril 1977 (redactado en 1975), de 5 de junio de 1981 y el de 21 de septiembre de 1983 que dio lugar a la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984¹²⁸.

2.2. Legislación complementaria y de desarrollo

Seguidamente haremos referencia a las principales normas que, desde el punto de vista de la supervisión estatal, fueron dictadas en este segundo periodo:

- *O.M. de 8-2-1961* que aclara el contenido de las Bases Técnicas de las entidades aseguradoras.
- *Ley de 30-12-1969* reguladora de la producción de los seguros privados, cuyo Reglamento fue aprobado *por D. de 8-7-1971*.
- *D. de 12-9-1970, O.M. de 24-5-1971 y R.D. de 11-3-1977* (que modificó el de 1970), regulando la inversión de las reservas técnicas.
- *O.M. de 7-6-1971* que regula el Ramo del seguro voluntario del automóvil.
- *O.M. de 13-6-1977 y Res. de la DGS de 11-10-1977* que refunden los conceptos externos a la prima en los distintos ramos de seguros y se crea el recargo adicional.

Desde el punto de vista del perfeccionamiento de las garantías técnicas y de solvencia económica en la actividad del sector asegurador, tienen especial relevancia entre las normas antes citadas la *Orden de 1961* sobre Bases Técnicas, el *Decreto de*

¹²⁷ DEL CAÑO ESCUDERO. F. "Derecho español de seguros", Apéndice, p.9. Madrid 1984.

¹²⁸ Una pormenorizada síntesis de la evolución legislativa referida se encuentra en :TIRADO SUAREZ. Francisco Javier. "Ley ordenadora del seguro privado: exposición y crítica", pp. 23 a 34. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla. 1984. También en VERDERA Y TUELLES. Evelio. "Comentarios a la ley de ordenación del seguro privado". CUNEF. Madrid 1988. Vol. I, pp. 41 a 45.

1970, la Orden de 1971, y el Real Decreto de 1977 sobre Inversión de Reservas Técnicas y la Orden y la Resolución de 1977 que refundieron los hasta entonces denominados “conceptos externos” a la prima de tarifa.

El tema de las Bases Técnicas, es de crucial importancia para que las operaciones de seguros puedan llevarse a cabo con garantías de suficiencia económica. Esta solo se conseguirá si las primas son suficientes para hacer frente al pago de la siniestralidad y de los gastos inherentes a la gestión de la empresa aseguradora, todo lo cual se obtendrá aplicando correctamente los principios técnicos matemáticos, estadísticos y de análisis de riesgos que deben quedar explícitos en las conocidas como Bases Técnicas.

Ya la Ley de 1908 (artº 2, nº.5 y 6) y el Reglamento de 1912 (artº. 98 y ss.) establecieron la necesidad de que las entidades aportaran las tarifas adoptadas para sus operaciones y las “bases” que hubieran servido para su cálculo. También la Ley de 1954 (artº. 4º, ap, tercero) imponía la obligación de remitir al órgano de control las “bases técnicas” y tarifas, estableciendo (artº 10, ap. sexto) la denegación de la autorización para operar en el caso de que se comprobara que aquellas carecían “de la garantía suficiente para el cumplimiento de las obligaciones contraídas”.

No obstante, no existía una regulación clara y suficiente de los contenidos y fines de las “bases técnicas” en la legislación aplicable, lo cual, ante la falta de desarrollo reglamentario de la ley de 1954, hizo necesaria la publicación de la mencionada Orden de 1961.

La propia Orden Ministerial en su Exposición de Motivos aclaraba que “*la confusión con que ha venido interpretándose la naturaleza y contenido de las bases técnicas exige definir las circunstancias a que han de referirse*”, al propio tiempo que reconocía la importancia de la materia al decir que “*la actividad de las Empresas de seguros constituye un conjunto de variables interdependientes que no permite el análisis de ellas sin tener en cuenta las restantes, y es necesario, por tanto, que las entidades, al solicitar la aprobación de sus tarifas y bases técnicas, pongan de manifiesto los fundamentos de sus planes económicos y financieros que las avalen, demostrando así mismo, la suficiencia de primas y recargos con el apoyo de la técnica actuarial, de sus proyectos comerciales y de su organización administrativa*”.

La citada Orden establecía, en síntesis, que las bases técnicas y tarifas debían contener los siguientes datos: -estudios estadísticos, económicos y actuariales que justifiquen las tarifas; -fórmulas finales a emplear para el cálculo de las primas y justificación de los recargos de gestión; -sistemas a adoptar para el cálculo de las reservas técnicas y exposición y fundamento de los planes técnicos y financieros para cada ramo de seguros.

También dispuso dicha norma que las tarifas y las bases técnicas debían estar firmadas y certificadas por un Actuario colegiado.

Los preceptos de la norma comentada supusieron un avance importantísimo en la determinación clara de los contenidos que debían quedar explícitos en una materia tan fundamental para el equilibrio económico-financiero de las operaciones de seguro como lo es el de establecer *primas suficientes* para hacer frente a las obligaciones derivadas de

dicha operaciones, lo cual constituye, a su vez, el primer parámetro indispensable para garantizar la solvencia de las entidades aseguradoras ya que, en definitiva, los costes siniestros y de gestión deben ser financiados con cargo a las primas y, como antes se indicó, solo con primas técnicamente suficientes se estará en situación de hacer frente al coste de la siniestralidad y demás gastos propios y necesarios de la gestión del negocio.

La finalidad y el espíritu de la orden de 1961 se proyectaron, perfeccionados y ampliados, a la legislación posterior. Así fueron regulados tanto por el Reglamento de 1 de agosto de 1985 (arts.51 a 54) como por el vigente de 20 de noviembre de 1998 (arts.76 a 80) que sustituyeron sucesivamente la regulación contenida en la Orden de 8 de febrero de 1961 objeto del presente comentario la cual, curiosamente, fue derogada expresamente por la Ley de Ordenación de 8 de noviembre de 1995.

Otro de los aspectos mejorados y perfeccionados en este periodo fue el de la inversión de las Reservas Técnicas mediante el Decreto de 1970, la Orden Ministerial de 1971 que lo desarrolla y el Real Decreto de 1977 antes citados.

Al igual que el patrimonio propio de la empresa (capital y reservas patrimoniales), las reservas técnicas, que desde el punto de vista patrimonial representan en el pasivo del balance el conjunto de obligaciones que el asegurador tiene con sus asegurados en un momento determinado (generalmente el 31 de diciembre al cerrar el balance anual), deben de tener la adecuada contrapartida mediante su inversión en suficientes bienes de activo que garanticen que tales obligaciones serán atendidas en tiempo y forma o, lo que es lo mismo, que la entidad aseguradora dispondrá de solvencia suficiente para hacer frente a las mismas.

No obstante, si bien para la inversión del patrimonio propio la entidad tiene la máxima libertad, no ocurre otro tanto con la inversión de las reservas técnicas en la cual la legislación suele ser siempre más exigente dada la naturaleza de las obligaciones que aquellas representan. Para ello se suelen combinar los criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad concretando la clase, los límites y las normas de valoración de los bienes considerados aptos para dicha cobertura.¹²⁹

Las normas de inversión o cobertura de las reservas técnicas contenidas en el Reglamento de 1912 y las disposiciones que lo complementaron a lo largo del tiempo se habían quedado insuficientes e inapropiadas al momento debido a la evolución de los conceptos financieros imperantes y el desarrollo de los mercados financieros, incompatibles con la rigidez que caracterizaba a las mismas.

Ello dio lugar a la modificación de dicha normativa, mediante la publicación del citado Real Decreto de 1970 y la también referida Orden de 1971, que modernizaron el régimen de la materia que nos ocupa, regulado básicamente por el artº 22 de la ley de 1954.

Dicho Real Decreto derogó los artículos 110 a 116 del reglamento de 1912 y catorce normas complementarias que regulaban de forma fragmentada esta materia.¹³⁰

¹²⁹ Vid. GARCÍA ESTEBAN, Francisco. "Contabilidad de seguros", p. 85. Madrid. 1971.

¹³⁰ Vid. Disp. Derog. R.D. 2875/1970 de 12 de septiembre. (BOE de 8 de octubre)

Hasta entonces el 60% de las reservas matemáticas y de las de riesgos en curso debía estar depositado en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España y a disposición del Ministro de Hacienda, debiendo estar invertidas, por mitad, en valores públicos del Estado Español y en valores industriales o comerciales españoles de los incluidos en la “lista” de valores aptos que anualmente publicaban las autoridades. El resto de las reservas (40% de las matemáticas y de riesgos en curso y 100% de las de siniestros pendientes) quedaban a libre disposición de la entidad pudiendo ser invertidas en cualquiera de los bienes admitidos por el indicado artº 22 de la ley de 1954 el cual admitía “*efectivo en Caja y Bancos, acciones y obligaciones, préstamos sobre valores, inmuebles, hipotecas, propiedades forestales y cualquiera otra clase de inversiones, sin más limitación que la que establezca el reglamento.*”

La regulación de 1970 flexibilizó el régimen de inversión de reservas al permitir que los títulos de renta variable que cumplieran determinados requisitos (*frecuencia y volumen de contratación en Bolsa, límites en las cotizaciones media y mínima, así como cifras mínimas de capital desembolsado y reservas patrimoniales de las sociedades emisoras*) pudieran considerarse aptos para cobertura, sin necesidad de hacerles constar en lista alguna.

Además se ampliaron los bienes y derechos aptos para cobertura siendo admitidos para tal fin las los inmuebles gravados con hipoteca, las primas de seguros pendientes de cobro, los créditos hipotecarios sobre fincas rústicas, y los solares y edificios en periodo de construcción o demolición, con ciertas limitaciones en todos los casos.

También se ampliaron los criterios para la admisión de los edificios terminados, y se fijó una rentabilidad mínima para las inversiones de las reservas matemáticas, *que no debía ser inferior al interés previsto en las bases técnicas autorizadas a la entidad, las cuales tenían que ser modificadas en el ejercicio siguiente si se producía tal descenso*, otorgándose, al propio tiempo, facultad al Ministerio de Hacienda para modificar el tipo de interés aplicable a los seguros de vida que se encontraba regulado por el artº 100 del reglamento de 1912, a la sazón todavía vigente.

El sistema se completó con la creación de un modelo estadístico-contable que las entidades debían presentar anualmente y en el cual se expresaba el estado de reservas técnicas y su cobertura a 31 de diciembre.

Más adelante el R.D. de 11-3-1977, continuando con el criterio de liberalización emprendido introdujo las siguientes novedades:

- Normas transitorias para mejorar la valoración de la cartera de valores mobiliarios.
- Agilización en el canje de valores constitutivos del deposito necesario, al producirse la amortización de los mismos.
- Inclusión como bienes aptos para cobertura de: aparcamientos de automóviles que fueran anejos inseparables de la propiedad principal de pisos o locales, inmuebles antes de la tasación oficial si se había aportado toda la documentación necesaria para la misma.¹³¹

¹³¹ Vid. GARCÍA ESTEBAN. Francisco. “Contabilidad de seguros”, p. 127. Madrid. 1979.

Por lo que se refiere a los conceptos externos a la prima, la Orden y la Resolución de 1977 refundieron en un solo concepto, el “recargo adicional”, los denominados hasta entonces “accesorios” y “derechos de póliza y placa” que venían utilizándose. Para ello la orden de 1977 modificó el apartado primero de la Orden de 8-2-1961, la cual había establecido que dichos “accesorios” deberían ser incorporados a la prima comercial en todas las tarifas que se autorizasen en el futuro, pero al no establecer nada respecto de las tarifas ya autorizadas se creó en el mercado una situación de duplicidad de régimen ya que coexistían recibos que no contenían dichos conceptos, de tarifas posteriores a 1961, con los que si los especificaban por provenir de tarifas anteriores a la citada orden.

Con el fin de remediar dicha situación y, fundamentalmente, con el de favorecer que las entidades pudieran compensarse de los mayores gastos provocados por los aumentos salariales que no resultaban absorbidos por el incremento de la productividad, se dictaron la orden y la resolución de 1977 objeto del presente comentario las cuales, además, aclararon los componentes que debían integrar el recibo de prima, distintos de la prima comercial o de tarifa.¹³²

La regulación del “recargo adicional” adolecía de un importante defecto al no existir obligatoriedad de calcular sobre el mismo las reservas técnicas correspondientes a las primas, no obstante tratarse de un ingreso técnico, lo cual si bien cuantitativamente no era de suma importancia sí lo era desde un punto de vista de rigurosa técnica aseguradora, ya que afectaba al equilibrio técnico de las entidades y a la formulación de su estado financiero¹³³. Esta situación fue corregida más adelante por las Ordenes Ministeriales de 31 de enero y 27 de mayo de 1980 y por la Resolución de la DGS de 27 de marzo de 1981 y mantenida por el Reglamento de 1985.

La realidad es que la propia existencia del recargo, como concepto externo a la prima comercial, no se sostenía desde un punto de vista de estricta técnica aseguradora ya que, al preverse el mismo para compensar conceptos que coincidían con los de los recargos de gestión, incluidos en la prima comercial, carecía de sentido admitir como externos a esta última conceptos que ya tenían su adecuado tratamiento por la vía de los recargos para gastos de “gestión interna”, que sí formaban parte de dicha prima comercial y estaban destinados a considerar los gastos salariales y de administración de las entidades.

3. TERCERA ETAPA: DE 1978 A 1986. ETAPA PRECOMUNITARIA.

Esta etapa puede dividirse en dos periodos: el que comprende hasta la publicación de la ley de 1984 y el que se inicia con la promulgación de la misma.

Su característica principal viene dada por la recepción que el derecho comunitario europeo de seguros va teniendo en la normativa española, incluso antes de la adhesión

¹³² Vid. GARCÍA ESTEBAN, F. Ob. cit., p. 62.

Vid., tb. GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, José Elías. “Aspectos técnicos de la legislación de seguros privados”, 151 a 153. Centro de Estudios del Seguro. Madrid. 1991.

¹³³ Vid. GARCÍA ESTEBAN, F. Ob. cit, pag. 63.

de España al Tratado de Roma, y más significativa todavía en el primer periodo de esta etapa en el que aún se encontraba en vigor la ley de 1954.

3.1. Periodo de 1978 a 1984: Modernización del modelo de supervisión.

Durante este periodo, que comprende hasta la promulgación de la ley de 1984, se llevó a cabo una intensa labor normativa que, aún con el lastre que suponía la literalidad de la ley de 1954, modernizó de manera notable el régimen jurídico del seguro privado español, introduciendo reformas que empezaron a tener en consideración la normativa europea y comenzaron a eliminar las rigideces y trabas administrativas propias de un sistema de control “a priori” que arranca de la ley de 1908 y que la de 1954, en gran medida, no pudo corregir, comenzándose a instaurar en este periodo el modelo de control “a posteriori” más orientado a garantizar la solvencia de las entidades. Finalidad esta que si bien desde el nacimiento de las legislaciones específicas para el sector asegurador es razón de ser y causa principal de la existencia de las mismas, cobra un especialísimo énfasis en este modelo de concepción del control.

3.1.1. Principales disposiciones del periodo.

Durante este periodo son dignas de ser destacadas las siguientes normas:

- *Real Decreto de 2-3-1978* sobre Margen de Solvencia.
- *Real Decreto de 2-6-1978* sobre inversión de las Reservas Técnicas de la entidades de seguros privados.
- *Orden Ministerial de 4-9-1978* que desarrolla el R.D. de 2-6-1978.
- *Ley de 28-12-1978* de seguros agrarios combinados.
- *Real Decreto de 10-5-1979* por el que se da nueva redacción al artº 27 y modifica el artº 17 del Reglamento de Seguros de 1912, sobre modificación de la documentación aprobada al obtener la autorización.
- *Real Decreto de 14-9-1979* que aprueba el Reglamento de la ley de seguros agrarios combinados.
- *Orden Ministerial de 31-1-1980* por la que, en determinados ramos de seguros, se exime de autorización previa a las modificaciones de pólizas, bases técnicas y tarifas, efectuadas después de la inscripción del ramo, considerándose suficiente la simple presentación de las mismas.
- *Orden Ministerial de 27-5-1980* sobre inclusión del recargo adicional en el cálculo de la reserva de riesgos en curso.
- *Orden Ministerial de 30-7-1980* que aprueba las nuevas tarifas del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos de motor.
- *Ley de 8-10-1980* de contrato de seguro.
- *Resolución de 17-3-1981* sobre adaptación de pólizas a la Ley de Contrato de Seguro de 1980.
- *Resolución de 27-3-1981* especificando el sistema de cálculo de las reservas de riesgos en curso, con inclusión del recargo adicional.
- *Resolución de 13-4-1981* sobre adaptación de pólizas a la Ley de Contrato de Seguro de 1980.
- *Orden Ministerial de 8-6-1981* por la que se aprueban las condiciones generales de los contratos de seguro relativos a los seguros agrarios combinados.
- *Orden Ministerial de 30-7-1981* aprobando el Plan General de Contabilidad para el Sector Asegurador.

- *Orden Ministerial de 12-8-1981* por la que se refunde y actualiza la normativa aplicable al seguro sobre la vida y se declara aplicable a este ramo la O.M. de 31-1-1980.
- *Resolución de 25-9-1981* por la que se desarrolla la referida Orden Ministerial de 12-8-1981.
- *Real Decreto de 13-11-1981* sobre refundición de los organismos autónomos adscritos al Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General de Seguros.
- *Resolución de 17-5-1982* sobre revisión de valoraciones de inmuebles afectos a cobertura de reservas técnicas.
- *Resolución de 9-7-1982* sobre adaptación de los contratos de seguros en cartera a la Ley de Contrato de Seguro de 1980.
- *Orden Ministerial de 29-7-1982* por la que se clasifican los ramos de seguros.
- *Orden Ministerial de 2-9-1982* por la que se regula la intervención administrativa de las entidades aseguradoras.
- *Real Decreto de 15.10.82* sobre Margen de Solvencia y Fondo de Garantía de las entidades aseguradoras y sobre valores aptos para reservas técnicas.
- *Orden Ministerial de 22-10-1982* que regula la documentación técnica y contractual para operar en los seguros distintos del de vida, sustituyendo a la de 31-1-1980 y ampliando los ramos liberalizadas por esta última.
- *Orden Ministerial de 23-10-1982* regulando el ramo de defensa jurídica.
- *Orden Ministerial de 10-11-1982* autorizando la elevación de las tarifas del ramo de asistencia sanitaria.
- *Orden Ministerial de 10-11-1982* actualizando los límites cuantitativos de la cobertura del seguro obligatorio del automóvil.
- *Orden Ministerial de 10-11-1982* que aprueba los criterios y técnicas actuariales para elaborar las tarifas del seguro voluntario de automóviles y se autoriza una elevación de las vigentes.
- *Resolución de 12-11-1982* que desarrolla la Orden de 29 de julio sobre clasificación de los ramos de seguros.
- *Resolución de 15-11-1982* que desarrolla el artº 9 de la Orden de 22 de octubre respecto a modificaciones en la documentación distinta de pólizas y tarifas.
- *Orden Ministerial de 29-11-1982* ,complementaria de la de 10-11-1982 que actualiza los límites cuantitativos del seguro obligatorio del automóvil.
- *Orden Ministerial de 30-7-1983* por la que se regula la liquidación intervenida de las entidades aseguradoras.
- *Real Decreto de 4-8-1983* que desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Economía y Hacienda.
- *Orden Ministerial de 21-9-1983* sobre documentación estadístico- contable.
- *Real Decreto de 13-10-1983* que modifica parcialmente el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos de motor.
- *Orden Ministerial de 14-10-1983* que adapta las tarifas del seguro obligatorio del automóvil a los nuevos límites de indemnizaciones del R.D. de 13-10-1983.
- *Real Decreto-Ley de 11-7-1984*, por el que se establecen medidas urgentes para el saneamiento del sector de seguros privados y para el reforzamiento del organismo de control , y se crea la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras.

3.1.2. Principales novedades legislativas.

A continuación comentaremos las principales novedades que aportaron las disposiciones referidas.

A. Regulación del Margen de Solvencia y de las Medidas Cautelares.

Una de las innovaciones más importantes de este periodo la constituye la normativa sobre margen de solvencia, regulada sucesivamente por los RR.DD. de 2 de marzo de 1978 y 15 de octubre de 1982 que constituyó la primera manifestación de adaptación del Derecho del Seguro Privado español a la normativa emanada de la Comunidad Económica Europea, en la cual la regulación de esta materia se inició con las *Directivas 73/239/CEE de 24 de julio* sobre seguros distintos al de vida y *79/267/CEE de 5 de marzo* sobre el seguro de vida.

El Real Decreto de 1978 estableció la exigencia del margen de solvencia de forma experimental, “si bien la medida fue de suma importancia y se inició con prudencia, fijando unos niveles ligeramente inferiores a los de la CEE y estableciendo una fórmula de cálculo bastante más sencilla”.¹³⁴ El antecedente inmediato de esta norma lo encontramos en el artº 28 del Proyecto de Ley de 30-4-1977 que no llegó a publicarse.¹³⁵

Por su parte el Real Decreto de 1982, que derogó el de 1978, incorporó a la legislación española el grueso de la normativa comunitaria sobre *margen de solvencia y fondo de garantía*¹³⁶, este último no incluido en el R.D. de 1978, y además estableció por vez primera un sistema de “*medidas cautelares*”, aplicables por la Administración cuando se dieran determinadas situaciones de dificultad económica de las entidades, principalmente derivadas de insuficiencias en la constitución y cobertura de las reservas técnicas, el margen de solvencia y el fondo de garantía.

Además dicho R.D., siguiendo la línea marcada por otras disposiciones que más adelante comentaremos, liberalizó la práctica del reaseguro aceptado por parte de entidades extranjeras sin delegación ni establecimiento en España, al tiempo que agilizó el sistema de determinación de los valores mobiliarios y de valoración de inmuebles aptos para cobertura de reservas.

También este Real Decreto tuvo su antecedente *de lege ferenda* ya que su contenido arranca de la redacción inicial del artº 18 del Proyecto de Ley de 5-6-1981,

¹³⁴ DEL CAÑO ESCUDERO. F. Ob. cit., p. 155.

¹³⁵ TIRADO SUAREZ. F.J. Ob. cit., p.149

¹³⁶ Así la propia exposición de motivos del Real Decreto establecía que convenía modificar el sistema de margen de solvencia establecido en 1978 “*con el fin de proseguir la adaptación del sector de Seguros a la normativa de la Comunidad Económica Europea, a la vista de los acuerdos de principio adoptados en la sesión negociadora con la citada Comunidad, celebrada el 22-3-1982, para ajustarlo a las Directivas Comunitarias y para regular las medidas cautelares a adoptar en los supuestos de insuficiencia de margen de solvencia o fondo de garantía y en los de deficiencia de las reservas técnicas de las Entidades de Seguros. De tal modo podrá utilizarse, para preparar el sector a la referida integración comunitaria, no solo el periodo transitorio acordado, sino el propio periodo de negociación*”.

que tampoco llegó a publicarse, y de las enmiendas que sobre dicho artículo fueron propuestas en sede parlamentaria.¹³⁷

Como puede comprobarse, la insuficiencia e inadecuación de la ley de 1954 y la falta de éxito de los anteproyectos y proyectos que hasta esta fecha intentaron sustituirla, tuvo que ser suplida en vía reglamentaria para tratar de modernizar y adaptar la normativa española del seguro privado a la existente en los países de nuestro entorno, no sin asumir ciertos riesgos¹³⁸ al no estar perfectamente clara la base legal formal que pudiera habilitar el contenido de las referidas disposiciones reglamentarias^{139 140}.

B) Reforma y actualización del régimen de inversión de las reservas técnicas.

De gran importancia fue también la nueva regulación que sobre inversión de reservas técnicas efectuaron el *Real Decreto y la Orden Ministerial*, ambos de 1978, que sustituyeron a la normativa de 1970 anteriormente comentada, y que fueron complementados por la *Resolución de la DGS de 17-5-1982* y por las disposiciones que al efecto estableció el R.D. de 1982 sobre margen de solvencia.

El referido Real Decreto de 1978 refundió los de 1970 y 1977 e introdujo algunos cambios en el sistema. La desaparición de la Junta de Inversiones (R.D. 2227/1977 de 29 de julio) creada en 1957 (D. de 26 de julio) que señalaba una nueva directriz en la política financiera del Estado, en el sentido de eliminar los privilegios sobre la colocación de los títulos de renta fija a determinados tipos de entidades, y las modificaciones introducidas en el Decreto de 1970 por el indicado R.D. de 467/1977 de 11 de marzo, aconsejaron la refundición de estos últimos introduciendo las variaciones necesarias en la regulación de la inversión de las reservas técnicas.

Entre las novedades que presentaba la nueva legislación podemos citar las siguientes:

- Suprimir la declaración previa de aptitud para admitir a cobertura de reservas los valores mobiliarios de renta fija emitidos por compañías industriales o comerciales, que todavía debían seguir constando en la lista publicada a tales efectos, estableciendo en su lugar los requisitos que debían reunir para considerarse como aptos a tal fin.. La

¹³⁷ TIRADO SUAREZ F.J. Ob. cit., p. 149.

¹³⁸ Así, por Sentencia del Tribunal Supremo de 12-12-1985, se declaró nulo de pleno derecho el R.D. de 15-10-1982 sobre Margen de Solvencia al aplicar rígidamente el principio de reserva de ley en materia de seguros.

¹³⁹ Vid., al respecto TIRADO SUAREZ.F.J. "Ley ordenadora....", pp. 150 a 152.

¹⁴⁰ DEL CAÑO ESCUDERO F. en "Derecho español de seguros", Apéndice. Madrid. 1984., p. 9, se expresa al respecto del siguiente tenor: "A partir del fracaso del primer anteproyecto de Ley y conectora la Administración de los problemas del sector, que demandaban soluciones urgentes, utilizó el instrumento normativo a su alcance, es decir, el reglamentario, creando un elevado número de disposiciones, en las que no siempre se cumplían con rigor el principio de jerarquía normativa y los trámites establecidos para la elaboración de las disposiciones de carácter general; con lo cual, en algunas ocasiones incurrieron casi en causa de nulidad.

A pesar de la forma en que se produjo esta legislación, es preciso reconocer que ha cumplido una función muy importante, e incluso ha servido de antecedente o avance de la nueva ley (la de 1984); solucionó problemas urgentes y generalmente no fueron impugnadas las disposiciones (...) pues normalmente no causaban perjuicio a nadie y, en cambio, resolvían problemas graves".

indicada lista de valores aptos seguiría publicándose por la Dirección General de Seguros solo a efectos informativos.

- Admitir a cobertura los efectos comerciales, con determinados límites y condiciones

- Admisión transitoria de los inmuebles pendientes de inscripción en el Registro de la Propiedad por plazo no superior a un año y con aval bancario o seguro de caución no inferior al valor de cobertura del inmueble.

- Dar mayor concreción a las normas sobre valoración de bienes inmuebles.

Todas estas medidas respondían tanto a razones técnicas aconsejadas por la práctica como a necesidades de agilizar la intervención del Órgano de Control.¹⁴¹

Por su parte el Real Decreto de 1982 sobre Margen de Solvencia también modificó el de 1978 sobre inversión de reservas técnicas en el sentido de sustituir todos los requisitos establecidos para la aptitud de los *títulos de renta fija* (de entidades industriales, comerciales o financieras) y para los *de renta variable*, por el requisito único y común de tener legalmente la condición de *cotización calificada* de acuerdo con la normativa de las Bolsas de Comercio.

También se agilizó el procedimiento de *revisión de la valoración de bienes inmuebles* permitiendo, una vez transcurridos dos años desde la última tasación, que la revisión se hiciera aplicando los *coeficientes* establecidos al efecto por la Dirección General de Seguros, sin perjuicio de la posible revisión individualizada efectuada por los servicios de valoración de dicho organismo, bien de oficio o bien a petición de la propia entidad interesada.

Esta novedad tiene su antecedente en la Resolución de la DGS de 17 de mayo de 1982¹⁴² que, a su vez, amplió el límite temporal de aplicación de la de 20 de febrero de 1981, incluyendo el coeficiente aplicable a las valoraciones aprobadas en 1979 y dándole validez para la cobertura de reservas a 31-12-1981.

C. Tecnificación del recargo adicional.

Por lo que se refiere al recargo adicional, según se indicó anteriormente, las *OO.MM. de 31-1-y de 17-5-1980* y la *Resolución de la DGS de 17-3-1981* terminaron con la anómala situación que, desde el rigor de la técnica aseguradora, suponía el que el recargo adicional no generara reserva técnica de riesgos en curso, cuando por incorporar componentes propios de los gastos de gestión interna (incrementos salariales) era conceptualmente un ingreso técnico equiparable a las primas.

La primera de dichas OO.MM. aplicó el criterio a determinados ramos de seguro en los que se comenzó a liberalizar el sistema de autorización previa de pólizas, bases técnicas y tarifas, cuando se tratara de modificaciones efectuadas en ramos ya autorizados, y la segunda de extendió el sistema a todos los ramos concediendo a las

¹⁴¹ Expos. de Motivos del Real Decreto 1341/1978 de 2 de junio. (BOE de 19 de junio).

¹⁴² B.O.E. de 14 de septiembre.

entidades tres años para dotar la reserva gradualmente en cada uno de los balances de 1980/81 y 82.

La Resolución citada, por su parte, estableció la base y los métodos de cálculo de dicha reserva así como los porcentajes de dotación gradual (40, 70 y 100% para los años antes indicados).

D. Supresión de la previa autorización administrativa en la modificación de pólizas, bases técnicas y tarifas.

Otro tema que merece especial mención en el periodo que comentamos es el proceso de liberalización en el sistema de autorización previa a que estaban sometidas las modificaciones introducidas en pólizas, bases técnicas y tarifas en aquellos ramos que las entidades ya tenían autorización para operar.

Las normas que llevaron a efecto dicho proceso liberalizador fueron el R.D. de 10-5-1979, las OO.MM de 31-1-1980, de 12-8-1981 y 22-10-1982, y la Resolución de la DGS de 15-11-1982.

La ley de 1954 disponía que las entidades para dar comienzo a sus operaciones debían obtener la autorización del ministerio de Hacienda y subsiguiente inscripción en el registro especial (artº 3º), debiendo presentar con la correspondiente solicitud, entre otros documentos, los estatutos sociales y las pólizas, bases técnicas y tarifas que pretendieran utilizar (artº 4º).

Dichas disposiciones se referían a la documentación presentada para comenzar las operaciones, bien al inicio de la actividad o bien cuando se quisiera ampliar a otros ramos no incluidos en la autorización inicial.

Nada establecía la ley expresamente en relación con las modificaciones de dicha documentación cuando se tratara de alteraciones introducidas en documentos que ya habían sido aprobados en su momento, si bien, al carecer la ley de desarrollo reglamentario, seguía vigente el Reglamento de 1912 el cual establecía (artº 27) que toda modificación en cualquiera de los documentos presentados como base del modo de funcionar la entidad aseguradora debía ser previamente sometida a la Inspección de Seguros.

Esta situación, clara manifestación de una rígida concepción del control “a priori” excesivamente intervencionista y burocrática, fue modificada por el indicado R.D. de 1979 el cual dio nueva redacción al artº 27 del Reglamento.

Argumentos para dicho cambio fueron que “la importante evolución experimentada por nuestro país desde el año 1912 y el nivel técnico alcanzado por las Entidades en más de medio siglo transcurrido obligan a modificar aquel trámite administrativo previo”, además de que “mantener dicho trámite constituía un serio obstáculo para la iniciativa de la empresas más dinámicas que deseaban ofrecer nuevos servicios para la libre competencia y, en definitiva, para el adecuado desarrollo del sector. Otro efecto perturbador del anterior sistema era que originaba “en el Ministerio de Hacienda un enorme cúmulo de trabajo administrativo con detrimento del control

financiero de las Empresas, que es fundamental para la adecuada protección de los asegurados”¹⁴³.

La reforma supuso la sustitución del viejo sistema de autorización previa por el que se conoció como de “simple presentación”, al exonerar de aquella obligación a las pólizas, bases técnicas y tarifas que fueran modificadas por la cobertura de nuevos riesgos o modalidades o por otras causas, siempre que se tratara de ramos en que así lo hubiese acordado el Ministro de Hacienda y que las entidades ya tuvieran autorizados.

Para poder acogerse al nuevo sistema las entidades debían tener completo su margen de solvencia y debidamente cubiertas sus reservas técnicas, así como remitir al Órgano de Control la nueva documentación con una antelación no inferior a 30 días respecto a la fecha en que se propusieran utilizarla.

El referido Real Decreto de 1979 fue desarrollado por las también citadas Ordenes Ministeriales de 31-1-1980 que aplicó el nuevo sistema a diez ramos, la de 12-8-1981 que lo extendió al ramo de vida y la de 22-10-1982 que generalizó el sistema al resto de los ramos no vida, con excepción de los seguros obligatorios, los aún sometidos al régimen de precios autorizados y los siguientes ramos: crédito, caución, asistencia en viaje, decesos, otras prestaciones de servicio y responsabilidad civil de riesgos nucleares.

Por su parte la Resolución de la DGS de 11-11-1982, que desarrolló el artº 9 de la referida O.M. de 22-10-1982, se dictó “con objeto de agilizar la resolución de los expedientes, facilitando a las Entidades la presentación de la documentación exigida en cada caso, y evitando las demoras originadas por el requerimiento a las mismas para completar la documentación inicialmente presentada”¹⁴⁴. Dicha Resolución concretó con detalle los documentos necesarios, distintos a los de naturaleza contractual y técnica, que seguían sometidos al trámite de previa autorización y que las entidades debían remitir a la Dirección General de Seguros en determinadas situaciones: aumento y reducción de capital, cambio de denominación social y otras modificaciones de estatutos, desembolso de dividendos pasivos, cambios de domicilio, renovación de órganos de administración y nombramiento de representantes legales.

El conjunto de disposiciones objeto del presente comentario supuso un importantísimo avance hacia un nuevo sistema de supervisión, más orientado al control financiero de solvencia “a posteriori” y menos orientado al control puramente material, documental y “a priori”, liberando a las entidades de trabas burocráticas en una importante cantidad de procesos administrativos.

E. Actualización de tarifas y límites de indemnización en los ramos del automóvil y asistencia sanitaria.

¹⁴³ Expos. de Motivos del R.D. 1335/1979, de 10 de mayo. (BOE de 9 de junio).

¹⁴⁴ Expos. Motivos de la Resolución de la Dirección General de Seguros de 15 de noviembre de 1982. (BOE de 1 de diciembre).

También debe hacerse referencia en este periodo a una serie de normas¹⁴⁵ que afectaron al Seguro del Automóvil (obligatorio y voluntario) y al de Asistencia Sanitaria, referidas principalmente a aprobación o revisión de las tarifas aplicables, fijación de criterios actuariales para elaborarlas y actualización de límites cuantitativos de las indemnizaciones.

La aprobación administrativa de tarifas en los indicados ramos del seguro, correspondía a ámbitos de actuación administrativa hoy en desuso, como lo era entonces la intervención directa de la Administración en la determinación de los precios de determinados productos y servicios, previo dictamen de la Junta Superior de Precios.

No obstante dichas normas perseguían también una finalidad de dotar a las operaciones en los indicados ramos con el adecuado equilibrio técnico entre primas e indemnizaciones, imprescindible para poder garantizar estas últimas por parte de las entidades.

F. Modernización de la normativa sobre el contrato de seguro.

Aunque se trate de materia relacionada con el ámbito jurídico-privado mercantil, debemos hacer referencia a la normativa que modernizó el régimen jurídico del contrato de seguro.

La Ley de Contrato de Seguro de 1980¹⁴⁶ vino a colmar la necesidad, manifestada insistentemente por la doctrina, de actualizar esta importantísima y fundamental faceta del régimen jurídico asegurador, regulándola de manera suficiente y adecuada a las necesidades que demandaba el moderno desarrollo de las instituciones económicas en general y de la actividad aseguradora en particular.

Hasta la entrada en vigor de la ley de contrato la materia se encontraba regida, fundamentalmente, por los arts. 380 a 438 (Libro II-Título VIII: De los contratos de seguro) y 737 a 805 (Libro III, Título III, Sección III: De los seguros marítimos) del Código de Comercio, y por los arts. 1791 a 1797 del Código Civil (Libro IV, Título XII, Capítulo II: Del contrato de seguro), disposiciones todas derogadas por la Ley de 1980 con excepción de las referentes al Seguro Marítimo del C. de Comercio.

Pronto la doctrina comenzó a manifestar sus críticas poniendo de manifiesto las deficiencias de la antigua regulación (MADARIAGA;¹⁴⁷ CABALLERO SANCHEZ;¹⁴⁸

¹⁴⁵ O.M. de 30-7-1980 sobre tarifas del Seguro. Obligatorio del. Automóvil (BOE de 26 de 26-8-1980). OO.MM.de 10-11-1982 sobre tarifas del ramo de Asistencia Sanitaria; sobre elevación de los límites cuantitativos de la cobertura del Seguro Obligatorio de Automóviles y sobre tarifas y criterios para su elaboración en el Seguro Voluntario de Automóviles (BOE de 22-11-1982). O.M. de 29-11-1982 sobre límites cuantitativos del Seguro Obligatorio de Automóviles, complementaria de la de 10-11-1982. O.M. de 14-10-1983 que adapta las tarifas del Seguro Obligatorio de Automóviles a los nuevos límites de indemnizaciones.

¹⁴⁶ Ley 50/1980 de 8 de octubre, de contrato de seguro. (BOE de 17 de octubre de 1980).

¹⁴⁷ Que califica de “anticuada” la regulación que del seguro sobre la vida contenían el C.C. y el C.Co. ya que dicha modalidad de seguro se encontraba en España “en embrión” cuando se publican dichos Códigos, 1889 y 1870, respectivamente. MADARIAGA, CÉSAR DE. “El Seguro sobre la vida en España”, p.,104. Madrid .1932.

¹⁴⁸ Reclama la necesidad de promulgar una Ley del Contrato de Seguro que incluyera la normativa contractual contenida en la Ley de 1908 y su Reglamento de 1912. Necesidad manifestada también por

LASHERAS SANZ; ARMENGOL; SANCHEZ CALERO;¹⁴⁹ GARRIGUES;¹⁵⁰ DEL CAÑO ESCUDERO¹⁵¹).

Se produjeron diversos intentos reformadores¹⁵²: -proyecto de modificación del C. de Co. de 1926/27; -convocatoria en 1952, por la Dirección General de Seguros del Premio “Marín Lázaro” destinado a premiar una monografía que sirviera para la preparación de unas bases para una futura ordenación legal de la materia¹⁵³; -el anteproyecto de ley de contrato de seguro, en sus dos versiones de 6-12-1969 y 14-11-1970.

Finalmente fue publicada la vigente Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980¹⁵⁴, la cual ha sufrido, desde dicha fecha varias modificaciones, principalmente para adaptarla a las Directivas Comunitarias que se han ido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico.

Además de la referida Ley de Contrato merecen ser mencionadas en esta materia algunas disposiciones administrativas dictadas con el fin de que, con la entrada en vigor de la ley, se hiciera lo más rápidamente posible la adaptación a la misma de las pólizas utilizadas por las entidades.

Dichas disposiciones fueron la Resoluciones de la Dirección General de Seguros de 17-3-1981, de 13-4-1981, de O.M. de 8-6-1981 y Resolución de 9-7-1982 sobre adaptación de pólizas a la nueva Ley de Contrato.

otros autores como DELAS, José María (en 1946); LASHERAS SANZ, Antonio y ARMENGOL (en 1948). CABALLERO SANCHEZ, Ernesto. “Introducción al estudio...”. Ob., cit., p. 219 y notas 11 y 12.

¹⁴⁹ Se manifestaba, en 1961, en el sentido de considerar que los artículos del C. de Comercio dedicados al contrato de seguro “eran insuficientes para disciplinar los seguros que se practicaban al tiempo de la promulgación del Código”, si bien por entonces era partidario de que “El problema de la reforma de estos artículos del Código (...) va unido al cometido más amplio de la reforma general del Código de Comercio, que se va realizando parcialmente y en forma excesivamente lenta”, considerando el autor que “la modernización de las normas referentes al contrato de seguro no debe llevar a proponer la redacción separada de una ley para el contrato de seguro”, fuera del articulado del C. de comercio. SANCHEZ CALERO. Fernando. “Curso de Derecho...”. Ob. cit., p. 33. Años después, en 1976, ante las dificultades que se presentaban para una revisión más amplia de los contratos mercantiles pondrá de manifiesto la necesidad de “un nuevo régimen del contrato de seguro (...) bien sea mediante una ley independiente del Código, o en una revisión parcial del mismo”. SANCHEZ CALERO. F. “Coloquios sobre seguros privados”. Revista Española de Seguros. Madrid. 1976.

¹⁵⁰ Consideraba, en 1976, que la regulación dada al contrato de seguro en el Código de Comercio era “insuficiente” y “anticuada”, ya que “en la época actual ocurre que asistimos a una enorme proliferación de los riesgos, y, por ello, los artículos de nuestro Código de Comercio, que regulan solo el seguro contra incendios, como único seguro de cosas no en movimiento, son completamente insuficientes. No se habla del seguro agrícola, no se habla del seguro contra roturas, no se habla del seguro de créditos, no se habla de los seguros cinematográficos, no se habla de muchísimos tipos que hoy se practican en el mundo y de los cuales nosotros por el Código no sabemos nada”. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE. Joaquín. “Coloquios sobre...”. Ob., cit. pp. 184 y 185.

Anteriormente, en 1973, ya había destacado “la penuria de nuestro Código de comercio sobre el contrato de seguro, en contraste con la reglamentación más completa de las principales leyes extranjeras”. GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE. J. “Contrato de seguro terrestre”. P. XI. Madrid. 1973

¹⁵¹ También consideraba necesaria la publicación de una ley de contrato de seguro. DEL CAÑO ESCUDERO. F. “Derecho español de seguros”. p.

¹⁵² Vid. SANCHEZ CALERO. F. “Coloquios sobre...” Ob. cit. pp. 48 y 49.

¹⁵³ Esta convocatoria dio origen a algunas aportaciones importantes como el trabajo conjunto de ERNESTO CABALLERO SANCHEZ/IGNACIO HERNANDO DE LARRAMENDI y el de JUAN JOSÉ GARRIDO COMAS. (Vid. SANCHEZ CALERO. F. “Coloquios sobre...”. Ob. cit. p. 49).

¹⁵⁴ Ley 50/1980 de 8 de octubre (BOE de 17 de octubre).

La Ley había establecido su entrada en vigor a los seis meses de su publicación (D. Final) lo cual significaba que a partir del 17 de abril de 1981 las entidades aseguradoras habrían de utilizar ya los modelos de pólizas adaptados a la misma. Por su parte la D.Tª de la Ley concedía un plazo de adaptación para las pólizas de cartera, contratadas antes de la referida fecha, para que fueran adaptadas antes del 17 de abril de 1983.

Por otra parte el artº 4 de la entonces vigente ley de ordenación del seguro privado de 16-12-1954 y el artº 27 del reglamento de 2-2-1912, modificado por el R.D. de 10-5-1979, establecían la necesidad de que, o bien el Órgano de Control aprobase previamente los modelos de pólizas, cuando se tratara de primeras autorizaciones de ramo, o bien las entidades remitieran al mismo las pólizas por el procedimiento de simple presentación comentado anteriormente, cuando se tratara de modificaciones en modalidades de ramos ya autorizados.

Las razones que indujeron a la Administración a publicar las indicadas Resoluciones, nos las proporciona la exposición de motivos de la primera de ellas al establecer que “*próxima la terminación del periodo transitorio y habiendo sido muy escasa la presentación por las entidades aseguradoras de modelos de pólizas adaptadas a la Ley, este Centro ha considerado conveniente ofrecer unas condiciones generales que puedan ser utilizadas por aquellas entidades que lo deseen, en tanto no elaboren otras propias con arreglo a las disposiciones vigentes*”¹⁵⁵.

Dichas Resoluciones ofrecieron condicionados generales en los distintos ramos del seguro para facilitar que las entidades pudieran adaptarse a la nueva Ley¹⁵⁶.

G. Normativa sobre planificación contable.

Hasta la publicación de la *O.M. de 30 de julio de 1981* no había existido en España una normativa propiamente dicha, general y obligatoria, referente a la planificación contable en el sector asegurador.

Existían, en esa fecha, los *modelos de Balances y Cuentas de Pérdidas y Ganancias* establecidos por el Decreto de 25 de abril de 1953, los *anexos* a dichos documentos regulados por la *O.M. de 24 de diciembre de 1953*, completados por disposiciones posteriores¹⁵⁷, y la Circular de la Dirección General de Seguros de 15 de enero de 1954 dando *normas para la confección del Balance y las Cuentas de Pérdidas y Ganancias* que, si bien eran de obligada realización y remisión anual al Órgano de Control, no constituían en sí mismas un plan contable propiamente dicho, ya que las entidades podían llevar su contabilidad con arreglo al plan que estimaran más

¹⁵⁵ Resolución de 17 de marzo de 1981 sobre adaptación de pólizas a la Ley número 50/1980 de 8 de octubre, sobre Contrato de Seguro. Exposición de Motivos. (BOE de 7 de abril).

¹⁵⁶ Resolución de 17-3-1981: Seguros de Incendios y daños en general; robo y expoliación; transportes terrestres de mercancías; pérdida de beneficios; caución en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro; créditos comerciales; responsabilidad civil general; vida; accidentes y enfermedad.

Resolución de 13-4-1981 (BOE de 27 de abril): Seguro de asistencia sanitaria.

O.M. de 8-6-1981 (BOE de 19 de junio): Seguros agrícolas.

Resolución de 9-7-1982 (BOE de 10 de agosto) relativa al coste de sustitución de las pólizas en cartera.

¹⁵⁷ Principalmente el “Estado de reservas de siniestros pendientes de liquidación o pago del Seguro Voluntario de Automóviles” (O.M. de 7 de junio de 1971) y el “Estado de reservas y su inversión” (O.M. de 4 de septiembre de 1978).

conveniente, aunque después tuvieran que cumplimentar los modelos oficiales con criterios de uniformidad.

La publicación en España del primer *Plan General de Contabilidad*, aprobado por *Decreto de 22 de febrero de 1973*, abrió un proceso paulatino de adaptación de dicho plan contable a los sectores económicos que lo requerían.

Ello dio lugar a que en el seno del Instituto de Planificación Contable se creara un Grupo de Trabajo para adaptar el Plan General a las características propias de las Entidades Aseguradoras.

Dicho grupo de trabajo, compuesto por funcionarios técnicos del Instituto y de la Dirección General de Seguros, y expertos de las Entidades de Seguros elaboró la correspondiente propuesta de adaptación que fue informada favorablemente por la Comisión Permanente del Consejo Nacional de Contabilidad, proceso que culminó en que por la citada O.M. de 1981, se publicara el *Plan General de Contabilidad adaptado a las entidades de seguros, reaseguros y capitalización*¹⁵⁸.

El Plan de 1981 fue redactado teniendo en cuenta no solo las exigencias del Plan General de 1973, sino también las recomendaciones efectuadas en el Proyecto presentado por la Comisión designada en su día por el Grupo de Estudios de Expertos Contables de la CEE para adaptar la contabilidad del Sector a las disposiciones de la Cuarta Directiva 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, la cual inicialmente había excluido de su aplicación a las sociedades de seguros dejando esta materia para una posterior coordinación mediante la correspondiente Directiva¹⁵⁹.

El referido Plan de 1981 fue, en el sector asegurador, la primera norma que con carácter plenamente dispositivo comenzó a aplicarse en nuestro país teniendo en cuenta las recomendaciones comunitarias. Y ello es así si consideramos que dicho Plan Contable, en virtud de la O.M. de 13 de abril de 1982, entró en vigor obligatoriamente a partir del 1 de enero de 1983 y que el Margen de Solvencia, -también procedente de la normativa comunitaria-, tuvo carácter experimental en su primera regulación por Decreto de 2 de marzo de 1978 y fue incorporado con carácter obligatorio por el R.D. de 15 de octubre de 1982 que lo declaró de necesaria justificación en los balances a 31 de diciembre de 1983.

Posteriormente por *Resolución de la Dirección General de Seguros y del Instituto de Planificación Contable de 25 de febrero de 1982* se publicó la instrucción para la aplicación simplificada de las normas del referido plan contable en determinadas entidades con poco volumen de primas en seguro directo (100 millones anuales) o que operaran solamente en los ramos de asistencia sanitaria y decesos.

¹⁵⁸ Por Real Decreto 2014/1997 de 26 de diciembre fue aprobado el nuevo "Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y norma para la formulación de las cuentas de los grupos de entidades aseguradoras.

¹⁵⁹ Orden Ministerial de 30 de julio de 1981 por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Entidades de Seguros, Reaseguros y Capitalización. (BOE de 11 de septiembre). Introducción, nº. 3.

Asimismo por *O.M. de 13 de abril de 1982* se estableció la obligatoria aplicación de las normas del nuevo plan contable a partir de 1 de enero de 1983, y por *O.M. de 21 de septiembre de 1983* se establecieron los nuevos modelos de información estadístico-contable (un total de 22) adaptados al nuevo plan de cuentas, derogándose las normas antes citadas que venían regulando esta materia.

Las indicadas disposiciones supusieron un importantísimo avance en la normalización y homogeneización de la información contable generada por las entidades, que facilitaba de manera decisiva tanto el análisis individual de la situación económico-financiera de cada una de ellas como el estado y evolución del sector en su conjunto desde una óptica macroeconómica.

H. Refundición de los organismos autónomos adscritos al Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General de Seguros.

Fue llevada a cabo por el R.D. de 13 de noviembre de 1981, mediante el cual la *Comisaría del Seguro Obligatorio de Viajeros*, creada en 1928, el *Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación*¹⁶⁰, creado en 1962, y la *Caja Central de Seguros*, creada en 1952, fueron suprimidos quedando todas sus funciones y patrimonio asumidos por el Consorcio de Compensación de Seguros.¹⁶¹

La refundición se justificaba en “*criterios de racionalización, economía y eficacia*” ya que el carácter de las funciones de dichos organismos y la posibilidad de que estas fueran desarrolladas por un solo organismo autónomo “*con mayor eficacia y menor gasto público*”¹⁶² permitía que la reestructuración se realizara mediante la supresión de tres de ellos y la asunción de sus funciones y su patrimonio por el Consorcio.

I. Clasificación de los ramos de seguro.

Hasta la publicación de la *O.M. de 29 de julio de 1982* y la *Resolución de 12 de noviembre* del mismo año que la desarrolló, no existía en España una clasificación legal de los ramos de seguro, ya que solo la denominada “*Ley de Ampliación de Garantías de 18-3-1944*” hizo de manera incidental una enumeración de los mismos.

La nueva regulación fue otra de las manifestaciones de la adaptación de la legislación española a la normativa europea.

Mediante ella se clasificaron los riesgos del seguro en 22 ramos, el de Vida y 21 en los ramos distintos del de vida; se regularon los “*riesgos accesorios*” que, ligados a uno principal ya autorizado y aun no perteneciendo al ramo de estos últimos, podrían ser garantizados sin necesidad de obtener previa autorización siempre que se cumplieran ciertas condiciones, y se reconocieron, a efectos de autorización administrativa, las “*agrupaciones*” de ramos previamente determinados por la propia norma.

¹⁶⁰ Ley 122/1962 de 24 de diciembre (BOE de 27 de diciembre).

¹⁶¹ Creado por Ley de 16-12 1954 como consecuencia de la refundición de los Consorcios “de compensación de riesgos catastróficos sobre las cosas” y “de compensación de accidentes individuales” creados en 1941 a consecuencia de a siniestralidad producida en la guerra civil.

¹⁶² Vid. Exposición de Motivos del R.D. 2878/1981 de 13 de noviembre (BOE de 5 de diciembre).

Dichas normas, que adoptaron la clasificación de ramos de la Comunidad Económica Europea (Directivas de 24-7-1973 y 5-3-1979) y la de la O.C.D.E, muy similares, se dictaron con la finalidad de facilitar el otorgamiento de la autorización administrativa previa y la aplicación del Plan Contable de Seguros aprobado por O.M. de 30-7-1981 que debía entrar en vigor el 1 de enero de 1983.¹⁶³

J. Reforma de la normativa sobre intervención administrativa y liquidación de las entidades aseguradoras.

Esta materia se encontraba regulada de manera muy sucinta por los artículos 41, 42, 46 y 47 de la Ley de 16-12-1954, por los artículos 118, 132, 133, y 181 del Reglamento de 2-2-1912 y por la R.O. de 10 de diciembre de 1921, (cuyos números 5 y 6 fueron modificados por O.M. de 14 de julio de 1936), que estableció el procedimiento para que los liquidadores e interventores llevaran a cabo la liquidación.

La insuficiencia de la regulación existente motivó la publicación de la *O.M. de 2 de septiembre de 1982*, la *O.M. de 30 de julio de 1983* y, finalmente, el *Real Decreto-Ley de 11 de junio de 1984*.

La finalidad principal de la Orden de 1982, que derogó las de 1921 y 1936 antes citadas, era la actualización de las escasas disposiciones que regulaban determinados aspectos de la intervención administrativa, desarrollando las funciones propias del Interventor en el específico campo de su labor, absolutamente independiente de los cometidos de representación, gestión y administración propia de los Órganos Sociales de la Entidad¹⁶⁴.

Dicha norma reguló los supuestos de intervención, la designación de interventores, las normas de actuación de los mismos (tanto genéricas como para el caso de entidades en funcionamiento o en liquidación), reclamaciones contra sus acuerdos y cese de la intervención.

Por su parte la Orden de 1983 trató de completar el contenido de la de 1982 contemplando el supuesto de la inexistencia de liquidadores, entre otros motivos por la desaparición o abandono de los órganos de gobierno de la Entidad que impedía el nombramiento de aquellos, o por no alcanzar los acuerdos sociales la validez necesaria para su designación. Hecho este que suponía la imposibilidad de actuación de los Interventores, con el consiguiente deterioro económico y financiero de la entidad intervenida, haciendo inviable la mayor parte de las veces el proceso de liquidación¹⁶⁵.

La indicada Orden facultó a la Dirección General de Seguros para designar de oficio a Actuarios y Titulares Mercantiles colegiados.

Comprobada la situación por los Interventores y puesta en conocimiento de la Dirección General de Seguros, esta debía solicitar de los Presidentes del Instituto

¹⁶³ Exposición de Motivos de la O.M. de 29 de julio de 1982 (BOE de 10 de agosto).

¹⁶⁴ Exposición de Motivos de la Orden de 2 de septiembre de 1982 por la que se regula la intervención administrativa de las Entidades aseguradoras (BOE de 10 de septiembre).

¹⁶⁵ Exposición de Motivos de la Orden de 30 de julio de 1983 por la que se regula la liquidación intervenida de las Entidades aseguradoras (BOE de 17 de agosto)

Español de Actuarios Españoles o del Colegio de Titulares Mercantiles de la provincia donde tuviera su domicilio social la Entidad la designación de dos colegiados, (titular y suplente) como liquidadores de la Entidad.

La referida Orden de 1983 supuso una novedad y un intento importante para dar solución al problema que, en determinados casos, planteaba la ausencia de nombramiento de liquidadores, no en pocas ocasiones conscientemente provocada por los órganos sociales de las entidades intervenidas, como modo de evadir y dilatar en el tiempo la actuación de los interventores estatales y con el consiguiente perjuicio para los asegurados y demás acreedores.

No obstante dicha disposición fue una norma de transición para el objetivo de conseguir en el sector asegurador un mecanismo de liquidación “de oficio” eficaz y fiable.

La situación de insolvencia de un nutrido grupo de entidades aseguradoras era notoria en aquellas fechas y ya el Defensor del Pueblo, en su informe referente al año 1983, había insistido en la indefensión en que se encontraban los asegurados de entidades en crisis, recomendando una serie de medidas para paliar dicha situación.¹⁶⁶.

Así se llega al Real Decreto-Ley de 11 de julio de 1984 cuyos principales objetivos y razón de ser eran, según su exposición de motivos: *“Las insuficiencias legislativas actuales y la inexistencia de instrumentos adecuados para lograr el urgente objetivo coyuntural de saneamiento del sector seguros privados (...) demandan soluciones inaplazables para paliar los graves problemas de marcado interés económico-social y humano que se están produciendo en perjuicio de una gran masa de consumidores asegurados y de las entidades aseguradoras que operan en el mercado”,* y por ello se establecen *“las medidas urgentes necesarias para resolver en breve plazo las situaciones de crisis de algunas Entidades aseguradoras, creando el instrumento adecuado para proceder a la liquidación ordenada y ágil de las Empresas de seguros cuya liquidación sea intervenida administrativamente y dotando al Organismo de control de los medios inspectores precisos para el cumplimiento del objetivo”*¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Vid. al respecto: BERMUDEZ MENESES, Concepción., en *“Comentarios a la liquidación de entidades aseguradoras por la CLEA”*., pp. 14 y 15. Ministerio de Economía y Hacienda. Secretaría de estado de Economía. Madrid. 1998, que recoge la opinión del Defensor del Pueblo en el sentido siguiente: *“También son muy numerosas las quejas al Defensor del Pueblo de personas que, pese a tener pólizas de seguros en vigor, contratadas con diversas entidades aseguradoras, han visto defraudado su derecho al percibo de la indemnización pactada, por haber entrado en quiebra o desaparecido la empresa contratante, pese a la vigilancia que incumbe al Ministerio de economía y Hacienda. En algunos casos denunciados se han producido situaciones de particular gravedad para los asegurados.*

La situación jurídico-administrativa de liquidación forzosa e intervenida (...) en que se encuentra un apreciable número de entidades de seguros por causa de su estado real de insolvencia económica, en aplicación de la normativa vigente, puede dejar inevitablemente desamparados a un crecido número de asegurados, si no se adoptan con urgencia las medidas legales oportunas.

La creación de un mecanismo indemnizador que, dentro de los límites fijados, garantice al asegurado la percepción de la indemnización que le es debida, en supuestos de insolvencia de la entidad aseguradora, se justifica en el sector económico del seguro aún más que en las r4estantes entidades financieras, ya que el seguro cubre una función protectora frente al riesgo”.

¹⁶⁷ Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 10/1984 de 11 de julio, por el que se establecen medidas urgentes para el saneamiento del sector seguros privados y para el reforzamiento del Organismo de control. (BOE de 14 de julio).

El referido R.D.-Ley creó la “Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras” y se adoptaron medidas para el reforzamiento del Organismo de control, incrementando hasta cien las plazas del entonces Cuerpo Técnico de Inspección de Seguros y Ahorro y autorizando al Ministerio para crear los equipos de inspección e intervención necesarios para la puesta en práctica de las medidas urgentes contenidas en dicha norma.

Lo cierto es que de esta segunda parte de las medidas de urgencia sólo se dio cumplimiento a la de creación de los equipos de inspección e intervención, pero no así, de manera clara y eficaz, a la del incremento de plantilla del Cuerpo de Inspección, que se vio afectada por la unificación de Cuerpos Superiores del Ministerio de Hacienda (Inspectores de Seguros y Ahorro, Inspectores Financieros y Tributarios, Intervención y Contabilidad de la Administración Civil del Estado e Inspectores de Aduanas e Impuestos Especiales) llevada a cabo por la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984,¹⁶⁸ que integró dichos cuerpos de funcionarios en el nuevo Cuerpo Superior de Inspectores de Finanzas del Estado, actualmente vuelto a dividir en los Cuerpos Superiores de “Inspectores de Seguros del Estado”, “Inspectores de Hacienda del Estado” y de “Interventores y Auditores del Estado”¹⁶⁹.

La situación de algunas entidades a la fecha de publicación del Real Decreto era realmente angustiosa y extrema. Según declaró en su momento el a la sazón Ministro de Hacienda Miguel Boyer Salvador, al presentar el Decreto Ley citado, existían en aquel momento “*en los ramos de seguros generales 13 entidades en liquidación, 14 en posible liquidación y 37 en el servicio de régimen cautelar de la Dirección General de Seguros. En total hay 86 entidades con riesgo de liquidación*”¹⁷⁰.

Un numeroso grupo de entidades a las que comenzó a aplicárseles la nueva normativa estaban mercantilmente inactivas. Declarada la disolución en algunos supuestos diez años atrás, en muchas ocasiones ni siquiera habían comenzado las operaciones de liquidación y tampoco se había acudido a los procesos concursales legalmente previstos en vía judicial. Como “auténticos cadáveres”, mercantiles fueron calificados en su momento¹⁷¹.

¹⁶⁸ D.A. Novena, apartado Uno, nº 2, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (BOE de 3 de agosto).

¹⁶⁹ Artº 57 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE de 31 de diciembre de 1997).

¹⁷⁰ Vid. TIRADO SUAREZ F.J. “Ley Ordenadora...”, pp. 238 y 239.

¹⁷¹ Así se expresaba MUÑOZ LOPEZ. Alvaro., en “*Comentarios a la ley de ordenación del seguro privado*”. Vol. II pp. 351 y 352. CUNEF. Madrid. 1988.

“Las entidades que llegan a la Comisión Liquidadora son auténticos cadáveres mercantilmente hablando, respecto de los cuales no es posible ninguna operación de reanimación (...) ni siquiera llegan a formalizarse los procedimientos liquidatorios de carácter judicial. Efectivamente, de las entidades encomendadas hasta el momento a la CLEA, algunas de las cuales llevaban disueltas y pendientes de liquidación desde hacía 10 años, solo en una de ellas se había llegado, por las vías normales establecidas en nuestro anticuado ordenamiento jurídico concursal, a la declaración de quiebra necesaria. Ni los antiguos administradores, ni los liquidadores nombrados por los órganos sociales, después de acordada la disolución, ni siquiera los acreedores, habían promovido la declaración de quiebra, aún cuando se trata de entidades en estado de notoria insolvencia. Ante esta situación era evidente la necesidad de instrumentar una solución excepcional cual fue la de encomendar a la CLEA la práctica de las tareas liquidatorias en los tasados y excepcionales supuestos que contempla el Real Decreto-Ley de su creación.”. Vid. Idem. Nota 6, p.352: “Hasta finales de enero de 1987, la dirección General de Seguros ha declarado la competencia de la CLEA para liquidar setenta y cinco entidades aseguradoras”.

No obstante la norma comentada también mereció críticas por algún sector de la doctrina que consideró insuficiente tanto los contenidos de la regulación en sí misma como la propia finalidad de la CLEA por estimar que esta debía ser más un instrumento para sanear las empresas en crisis que un mecanismo de liquidación ordenada, como fue concebida¹⁷², dicotomía esta que supuso un intenso debate doctrinal pues ambas posiciones tenían sus partidarios y sus detractores¹⁷³.

3.2. De 1984 a 1985: Actualización del modelo de supervisión

3.2.1. Principales disposiciones de este periodo:

- *Ley de 2 de agosto de 1984 sobre Ordenación del Seguro Privado.*¹⁷⁴
- *Orden Ministerial de 5-11-1984 sobre estructura de la Secretaría de Estado de Economía y Planificación del Ministerio de Economía y Hacienda.*
- *Real Decreto de 2 de agosto de 1985 que aprueba el Reglamento de dicha Ley.*¹⁷⁵
- *Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1985 regulando el procedimiento especial de liquidación intervenida, aplicable a las entidades aseguradoras.*
- *Real Decreto de 4-12-85 que aprueba el Reglamento de Entidades de Previsión Social.*

3.2.2.- Novedades legislativas.

A. La regulación fundamental de la Ley y el Reglamento sobre Ordenación del Seguro Privado.

Un sector de la doctrina, no sin parte de razón, considera que el anteriormente citado Real Decreto-Ley de 11-7-1984 sobre medidas urgentes, la Ley de 1984, que lo declaró vigente y su Reglamento de 1985 forman parte de un mismo bloque normativo¹⁷⁶.

No obstante, a los efectos del presente trabajo, consideraremos que el periodo que ahora comentamos arranca de la Ley de 2 de agosto de 1984 sobre Ordenación del Seguro privado y el Reglamento para su aplicación de 1 de agosto de 1985.

¹⁷² Así, TIRADO SUAREZ. F.J. en “*Ley ordenadora de...*”, Op. cit. p. 244, consideró que la norma adolecía “de tres defectos fundamentales. De una parte, el sistema que articula, de una simplicidad rayana en el absurdo jurídico –la Comisión Liquidadora hace de administrador, liquidador, Comisario, Depositario, Síndicos e incluso hasta de juez- suprime las garantías del sistema concursal. De otra parte, los 2.500 millones de pesetas que va a disponer anualmente la Comisión Liquidadora permitirían sanear y reflotar las entidades aseguradoras, sin necesidad de acudir a la drástica y dolorosa medida liquidatoria. Finalmente tampoco se garantizan adecuadamente los derechos de los asegurados y de los demás acreedores, puesto que todos nosotros, los asegurados españoles vamos a tener que pagar un 5 por mil más de nuestras primas, sin recibir a cambio nada concreto, sino la certeza de un entierro correcto de nuestra entidad aseguradora”.

¹⁷³ Vid. MUÑOZ LOPEZ. Alvaro. “La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras”, en “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*”, dirigidos por el profesor VERDERA TUELLS. Evelio. Vol. II. p. 349. CUNEF. Madrid. 1988.

¹⁷⁴ Ley 33/1984 de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado. (BOE de 4 de agosto).

¹⁷⁵ Real Decreto 1.348/1985 de 1 de agosto por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado. (BOE de 3, 5, y 6 de agosto).

¹⁷⁶ Vid MUÑOZ LOPEZ. Álvaro. Op. cit. p. 350, en la que hace referencia a dicha posición expresada por el Prof. MARTÍN RETORTILLO en su conferencia inaugural de las Jornadas sobre la nueva Ley de Ordenación del Seguro Privado (CUNEF-1988).

Es cierto que dicha Ley, como hemos referido anteriormente, tuvo importantes antecedentes en algunas de las normas dictadas antes de su publicación, las cuales incorporaron al Derecho Español del Seguro Privado aspectos tan importantes como la eliminación de trabas administrativas en el control previo ejercido por la Administración del Estado; la exigencia de Margen de Solvencia y Fondo de Garantía de acuerdo con los requerimientos normativos de la Comunidad Europea; el establecimiento de las denominadas Medidas Cautelares que dotaban al Órgano de Control de instrumentos útiles para la actuación e intervención preventiva en situaciones de crisis de las entidades; la normalización contable de la actividad de las entidades etc.

Pero todo ello no puede empañar la realidad de que con la publicación de la referida ley de 1984, y según trataremos más adelante, se produce una auténtica revolución en la concepción del régimen jurídico del control del Estado sobre la actividad aseguradora.

La Ley de 1954 no supuso cambios importantes en la filosofía y la visión que la Ley de 1908 tuvo respecto a la actividad de supervisión estatal, y en ellas predominaba una concepción del control “a priori” basada en rígidos controles previos de la actividad cotidiana de las entidades que, en muchas ocasiones, solo aportaban trabas a una necesaria agilidad en la gestión de estas.

a. Estructura y contenido de la Ley de 2 de agosto de 1984 (incluyendo las modificaciones producidas hasta la Ley 21/1990 de 19 de diciembre):

Se expone en nota a pie de página¹⁷⁷.

¹⁷⁷ CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES. (Arts. 1 a 5).

Objeto de la ley. Operaciones sometidas. Operaciones permitidas. Operaciones prohibidas. Entidades y personas sometidas a los preceptos de la ley. Ámbito de aplicación.

CAPÍTULO II. CONDICIONES DE ACCESO A LA ACTIVIDAD ASEGURADORA POR MEDIO DE ESTABLECIMIENTO EN ESPAÑA. (Arts. 6 a 12).

Autorización administrativa. Naturaleza de las entidades aseguradoras. Objeto social. Denominación. Capital y fondo mutual. Administradores y gerentes. Delegaciones de entidades extranjeras.

CAPÍTULO III. SOCIEDADES MUTUAS Y COOPERATIVAS DE SEGUROS. (Arts.13 a 15).

Sociedades mutuas y cooperativas a prima fija. Sociedades mutuas y cooperativas a prima variable. Sociedades cooperativas de seguros.

CAPÍTULO IV. MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL. (Arts. 16 a 21).

Conceptos y requisitos. Condiciones de acceso a la actividad. Normas aplicables. Garantías financieras. Escisión y fusión. Normas básicas.

CAPÍTULO V. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA POR MEDIO DE ESTABLECIMIENTO EN ESPAÑA. (Arts. 22 a 28).

Control de la Administración del Estado. Estatutos, pólizas y tarifas. Provisiones técnicas. Margen de solvencia y fondo de garantía. Limitación de actividades. Cesión de cartera. Fusión, transformación y escisión.

b. Estructura y contenido del Reglamento de 1 de agosto de 1985

Se desarrolla en nota a pie de página¹⁷⁸.

CAPÍTULO VI. REVOCACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. (Arts. 29 a 32).

Causas de la revocación y sus efectos. Causas de disolución. Liquidación. Acciones individuales.

CAPÍTULO VII. PROTECCIÓN DEL ASEGURADO. (Arts. 33 a 36).

Preferencia de crédito. Comisiones de conciliación. Protección administrativa. Inembargabilidad de determinados bienes.

CAPÍTULO VIII. REASEGURO. (Arts. 37 y 38).

Entidades reaseguradoras. Plenos de retención.

CAPÍTULO IX. COMPETENCIA Y ACCIÓN ADMINISTRATIVA. (Arts. 39 a 49).

Competencias de las administraciones públicas. Registro especial. Fomento del seguro. Medidas cautelares. Infracciones administrativas. Sanciones. Procedimiento y competencia para sancionar. La Inspección de Seguros. Colaboración a la acción administrativa. Peritos-tasadores de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías. Junta Consultiva de Seguros.

CAPÍTULO X. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DEL SEGURO DIRECTO DISTINTO AL DE VIDA EN RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS (Arts. 50 a 67)

Sección primera: Disposiciones generales.

Definiciones. Presencia permanente de aseguradores extranjeros. Grandes riesgos. Exclusiones

Sección segunda: Disposiciones aplicables a los establecimientos situados en España.

Deber de información y exclusiones. Comunicación de medidas cautelares y de la revocación de la autorización. Control de las provisiones técnicas. Cesión de cartera.

Sección tercera: Disposiciones aplicables a los establecimientos situados en otros Estados de la Comunidad Económica Europea que realicen operaciones en España.

Condiciones para la prestación de servicios. Autorización administrativa y comunicación. Documentación contractual y técnica. Requisitos para las modificaciones. Situaciones irregulares. Comunicación de las medidas cautelares y de la revocación de la autorización. Provisiones técnicas. Obligatoriedad de participar en determinadas agrupaciones. Recargos e impuestos indirectos. Contravalor del ECU.

CAPÍTULO XI. COASEGURO COMUNITARIO

Operaciones de coaseguro comunitario. Normas aplicables.

DISPOSICIONES FINALES. (Primera a octava.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS. (Primera a décima.

DISPOSICIONES ADICIONALES. (Primera a octava.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA.

Normas derogadas. Normas vigentes.

¹⁷⁸ CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES.(Arts. 1 a 7).

Objeto del reglamento. Seguro privado. Operaciones permitidas. Operaciones prohibidas. Ámbito de aplicación.

CAPÍTULO II. CONDICIONES DE ACCESO A LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. (Arts. 8 a 23).

Autorización administrativa a las Entidades aseguradoras españolas. Autorización administrativa a las delegaciones de Entidades extranjeras. Actividad aseguradora en el extranjero. Contratos con Entidades no autorizadas. Autorización a organizaciones de Entidades aseguradoras. Inscripción en el Registro. Sujeción a la documentación aprobada y modificación de esta. Ampliación a nuevos ramos. Clasificación de ramos. Naturaleza de las Entidades aseguradoras. Objeto social. Denominación. Domicilio. Capital social. Fondo mutual. Administradores y Gerentes.

CAPITULO III. SOCIEDADES MUTUAS Y COOPERATIVAS DE SEGUROS. (Arts. 24 a 41).

Sección primera: Mutuas y Cooperativas a prima fija.

Concepto. Normas aplicables. Estatutos de Mutuas y Cooperativas a prima fija. Derechos de los mutualistas. Obligaciones de los mutualistas. Órganos de gobierno de las Mutuas a prima fija. Composición y competencias de la Junta General. Funcionamiento de la Junta General. Impugnación de acuerdos de la Junta General. Participación de los mutualistas en el gobierno de las entidades con extenso ámbito territorial o elevado número de socios. Composición y competencias del Consejo de Administración. Funcionamiento del Consejo de Administración. Normas supletorias para las Mutuas a prima fija.

Sección segunda: Mutuas y Cooperativas a prima variable.

Concepto. Normas aplicables. Régimen jurídico.

Sección tercera: *Normas específicas de las Cooperativas de seguros.*

Clases de Cooperativas. Disposiciones aplicables a las Cooperativas.

CAPÍTULO IV. CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA. (Arts. 42 a 54).

Sección primera: Control, contabilidad y publicidad.

Control de la Administración del Estado. Principios generales de contabilización y cuentas anuales. Obligaciones contables. Deber de información¹⁷⁸. Criterios de valoración. Publicidad.

Sección segunda: Estatutos, pólizas y tarifas.

Estatutos. Aprobación de pólizas, bases técnicas y tarifas. Contenido de las pólizas en general y duplicados. Peculiaridades de la póliza en el Seguro sobre la Vida. Tarifas de primas. Normas generales sobre bases técnicas. Peculiaridades de las bases técnicas en el Seguro sobre la Vida. Información estadística.

CAPÍTULO V. GARANTÍAS FINANCIERAS DURANTE EL FUNCIONAMIENTO. (Arts. 55 a 81).

Sección primera: Provisiones técnicas.

Enumeración y concepto. Cálculo de las provisiones matemáticas. Cálculo de las provisiones para riesgos en curso. Cálculo de las provisiones para siniestros o prestaciones pendientes de liquidación o de pago. Cálculo de las provisiones para siniestros pendientes de declaración. Cálculo de la provisión para desviación de siniestralidad. Cálculo de la provisión para primas pendientes de cobro. Inversión de las provisiones técnicas. Cómputo de las provisiones técnicas que han de ser cubiertas. Activos aptos para inversión de las provisiones técnicas. Valores mobiliarios de nueva emisión. Requisitos de los bienes inmuebles. Requisitos de los créditos hipotecarios. Afección a la cobertura de provisiones técnicas de los inmuebles en construcción. Distribución de los bienes de inversión de las provisiones técnicas. Límites de las inversiones. Rendimiento de las inversiones de provisiones matemáticas. Valoración de las inversiones de las provisiones técnicas. Titularidad y situación de las inversiones. Permanencia y adaptación de las inversiones de las provisiones técnicas. Déficit en la cobertura de las provisiones técnicas.

Sección segunda: Margen de solvencia, Fondo de Garantía y limitación de actividades.

Obligación de disponer del margen de solvencia. Patrimonio propio no comprometido. Cuantía mínima del margen de solvencia en los seguros distintos del de vida. Cuantía mínima del margen de solvencia en los seguros de vida. Fondo de garantía. Limitación de actividades.

CAPÍTULO VI. CESIÓN DE CARTERA, FUSIÓN, ESCISIÓN, TRANSFORMACIÓN Y AGRUPACIÓN DE ENTIDADES ASEGURADORAS. (Arts. 82 a 85).

Cesión de cartera. Fusión de Entidades aseguradoras. Escisión y transformación de Entidades aseguradoras. Agrupación de Entidades aseguradoras.

CAPITULO VII. REVOCACIÓN, DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN E INTERVENCIÓN. (Arts. 86 a 106).

*c. Fines y objetivos de la ley de 1984*¹⁷⁹:

Según la Exposición de Motivos de la propia Ley sus fines eran dobles ya que sus principios estaban orientados también en una doble vertiente: La *ordenación del mercado de seguros en general*, por un lado, y el *control de las empresas aseguradoras en concreto*, por otro.

Por lo que se refiere a la *Ordenación del Mercado Asegurador* los objetivos de la norma eran los siguientes:

1º) Normalizar el mercado, dando a todas las entidades aseguradoras la posibilidad de participar en el mismo en régimen de absoluta concurrencia y sin tratamientos legales discriminatorios.

En este sentido se incluyen en la nueva regulación a las Entidades de Previsión Social acogidas a la Ley de 6-12-1941, con el fin de someterlas al mismo control de solvencia que las restantes sociedades aseguradoras, suprimiendo las distintas jurisdicciones administrativas a que estaban sometidas e integrándolas a estos efectos, con carácter unitario, en la específicamente dedicada al control de seguros.

Causas de revocación de la autorización administrativa. Efectos de la revocación. Causas de disolución. Actuación cuando concurra causa de disolución. Publicidad de la disolución e inspección. Apertura de la liquidación y reactivación de la Entidad. Nombramiento de liquidadores. Funciones de los liquidadores. Colaboración de antiguos administradores. Cese de los liquidadores. Responsabilidad de los liquidadores y normas supletorias. Liquidación por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras. Intervención en la liquidación. Representación de la Entidad durante el período de liquidación. Funciones de los interventores en la liquidación practicada por la Entidad. Actuación de los interventores. Intervención en la liquidación practicada por la Comisión Liquidadora. Intervención sin liquidación. Cese de la intervención. Acciones individuales. Extinción de la Entidad.

CAPÍTULO VIII. PROTECCIÓN DEL ASEGURADO. (Arts. 107 a 112).

Preferencia de crédito. Resolución de las divergencias entre las partes. Comisiones de Conciliación. Protección administrativa. Inembargabilidad de determinados bienes.

CAPÍTULO IX. REASEGURO. (Arts. 113 a 116).

Autorización administrativa a Entidades aseguradoras. Provisiones técnicas por reaseguro aceptado y fondo de garantía. Plenos de retención y contratos. Límite en la gestión del reasegurador.

CAPÍTULO X. COMPETENCIA Y ACCIÓN ADMINISTRATIVA. (Arts. 117 a 134).

Competencias de las Administraciones Públicas. Registro Especial. Fomento del seguro. Medidas cautelares. Infracciones administrativas. Infracciones leves. Infracciones graves. Infracciones muy graves. Sanciones aplicables. Gradación de las sanciones. Cumplimiento de las sanciones. Procedimiento y competencia para sancionar. Inspección de seguros. Orden de inspección. Acta de inspección. Colaboración a la acción administrativa. Peritos tasadores de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías. Junta Consultiva de Seguros.

DISPOSICIONES FINALES. (Primera a séptima).

DISPOSICIONES TRANSITORIAS. (Primera a séptima).

DISPOSICIONES ADICIONALES. (Primera y segunda).

DISPOSICIÓN DEROGATORIA. (Normas derogadas y normas vigentes).

¹⁷⁹Vid una sintética pero completa exposición de este tema en VERDERA TUELLS. E. "Comentarios a.." Op. Cit. pp. 46 a 56.

2º) Fomentar la concentración de empresas y consiguientemente la reestructuración del sector en el sentido de dar paso a grupos y empresas más competitivos nacional e internacionalmente y con menores costes de gestión.

3º) Potenciar el mercado nacional de reaseguros, a través del cual se debe aprovechar al máximo el pleno nacional de retención.

4º) Lograr una mayor especialización de las entidades aseguradoras sobre todo en el ramo de vida, de acuerdo con las tendencias internacionales sobre la materia.

5º) Clarificar el régimen referente a las formas jurídicas de las empresas aseguradoras, ordenando la estructura de las mutualidades, insuficientemente reguladas, y dando entrada a la figura jurídica de la sociedad cooperativa de seguros.

En lo que afecta al control de las empresas aseguradoras, los objetivos legales eran:

1º) Regular las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad aseguradora, potenciando las garantías financieras previas de las entidades y consagrando el principio de solvencia, que debe ser acentuado y especialmente proyectado a sus aspectos técnicos y financieros.

2º) Sanear el sector evitando, en la medida de lo posible, que las entidades aseguradoras se deslicen hacia la insolvencia.

Para ello, ante supuestos de dificultad de las entidades, se arbitran medidas correctoras y en su caso rehabilitadoras (medidas cautelares) que produzcan el mínimo perjuicio para los asegurados y empleados.

3º) Protección al máximo de los intereses de los asegurados y de los beneficiarios amparados por el seguro.

Y ello no solo mediante la actividad de vigilancia sobre las entidades aseguradoras sino con diversas medidas entre las que destaca la preferencia de sus créditos frente al asegurador; la configuración de comisiones de conciliación para resolver las divergencias entre asegurados y aseguradores en relación con siniestros de pequeña cuantía; y la tutela de la libertad de los asegurados para decidir la contratación de los seguros y elegir asegurador, todo lo cual da cumplimiento a lo previsto en el artº 51 de la Constitución.

4º) Adaptación de la actividad de mediación de seguros y reaseguros a las orientaciones y prácticas internacionales e institucionalización oficial de determinadas actividades profesionales relacionadas con el seguro, como los peritos tasadores, los comisarios y los liquidadores de averías.

Los anteriores objetivos de la norma, formulados por la propia ley en su exposición de motivos, pueden ser completados con los siguientes:

- Ordenar de forma rigurosa y reglada el acceso al mercado, así como los procesos de expulsión de entidades y mejorar simultáneamente la gestión administrativa para facilitar la actividad empresarial privada en la oferta de productos financieros.

- Institucionalizar el marco general de la libertad de inversiones y de precios, como principios básicos de una gestión moderna y responsable, que permita a la empresa española competir en los mercados mundiales sin discriminación.

- Llevar a cabo una prudente política de saneamiento del sector que desemboque en la existencia de unidades empresariales competitivas y eficaces, que sean capaces de utilizar con responsabilidad las nuevas libertades¹⁸⁰.

- Clarificar lo que ya era “un auténtico caos legislativo, con una ley del año 1954, un Reglamento de 1912 y varios cientos de disposiciones dictadas desde el año 1912, que estaban inspiradas en criterios diferentes de acuerdo con los distintos sistemas políticos que existieron en España durante el periodo 1912-1984”¹⁸¹.

- Y, más concretamente: “asegurar la solvencia de las Entidades y lograr la concentración y especialización empresarial”¹⁸².

d. Caracteres de la Ley:

Entre los principales caracteres de la Ley de 1984 pueden citarse los siguientes¹⁸³:

1º) Tutela de los derechos de los asegurados y de la libertad para elegir asegurador mediador.

2º) Fomento del seguro.

3º) Incremento de las exigencias financieras y del control financiero de las entidades.

4º) Disminución del control puramente administrativo y burocrático.

5º) Impulso a la concentración y especialización de las entidades.

6º) Refuerzo de las competencias del Órgano de control, especialmente en los casos de entidades en situación de dificultades financieras.

7º) Adecuación a las Directivas de la Comunidad Económica Europea.

e. Conclusiones:

Mientras que, según se expuso anteriormente, la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1954 no supuso innovaciones de importancia respecto al modelo de control a ejercer por el Estado sobre las entidades aseguradoras, la de 1984 significó una auténtica revolución en la concepción de dicho modelo respecto al vigente hasta su publicación.

¹⁸⁰ GARCÍA ALONSO. José María. Prólogo a “Estudios sobre tributación del seguro privado”, p.13. Madrid. 1986.

¹⁸¹ DEL CAÑO ESCUDERO. F. “Derecho Español...”. Apéndice. Pp. 9 y 10.

¹⁸² NUÑEZ LOZANO. María del Carmen. “Ordenación y supervisión de los seguros privados”. Marcial Pons. Monografías jurídicas. Madrid, 1998, p. 46.

¹⁸³ Ver al respecto DEL CAÑO ESCUDERO. F. “Apéndice...” Op. Cit. pp. 12 y 13, y especialmente su artículo sobre las novedades de la ley de 1984 aparecido en la revista “Aseguradores”, nº. de julio/agosto de 1984.

Como sostuvimos en su momento¹⁸⁴, con esta última Ley el concepto de control podría decirse que invierte su sentido, pasando de un Sistema de Control Previo, que incidía en gran número de las situaciones que se presentan en la vida de la empresa, a un Sistema de Control a Posteriori que, en síntesis, posee los siguientes caracteres:

- Que el control previo solo se manifiesta, con lo que podría catalogarse de eficacia constitutiva, en el momento de acceso al mercado, con la creación de una nueva entidad o de nuevos Ramos.

- Que el legislador, de manera más amplia y desarrollada, establece las reglas del juego que deben regir en la actividad aseguradora, y

- Que un Sistema de Control a Posteriori, basado por un lado en la información que legalmente deben proporcionar las Entidades al Órgano de Control y por otro, y de modo decisivo, en las facultades de este último en materia de comprobación, investigación e inspección, se encargará de verificar si las referidas reglas del juego son o no cumplidas para, en este último caso aplicar las previsiones que establezca al respecto el Ordenamiento Jurídico.

Evolución esta puesta también de manifiesto por un sector de la doctrina al señalar que las distintas etapas¹⁸⁵ por las que ha atravesado la legislación española sobre la materia, desde 1908 hasta 1984, “le han llevado gradualmente desde un control previo, burocrático y preventivo, hacia un control eminentemente de solvencia, un control posterior basado fundamentalmente en la Inspección. El legislador ha decidido definitivamente que es mucho más eficaz vigilar el cumplimiento de la promesa del asegurador al asegurado, que dedicar todos sus esfuerzos a establecer requisitos y controles sobre la oferta previa a realizar por aquel a éste, ya que, además, permite al buen empresario desarrollar su labor sin trabas que demoren la puesta en práctica de sus decisiones”¹⁸⁶.

Característica esta de la ley que también ha sido puesta de manifiesto al decir que “el control instaurado por la LOSP atendió fundamentalmente a la situación financiera y estado de solvencia de las Entidades. Era además un control a posteriori, basado en la libertad y correlativa responsabilidad en el ejercicio de la actividad aseguradora”, y que “aunque la ordenación sobre el sector siguió siendo muy intensa, liberalizó aspectos sustanciales que en la regulación anterior habían sido objeto de intervención”¹⁸⁷.

¹⁸⁴ GUARDIOLA LOZANO, Antonio. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora: Estatutos y pólizas”, en “Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado”, Vol. I CUNEF. Madrid, 1988, op. cit. p. 543.

¹⁸⁵ TEJERO LAMARCA, L. En op. cit. pp. 517 a 523, divide dicha evolución en cuatro etapas: 1ª.- De 1908 a 1952: Etapa constitutiva y mentalizadora; 2ª.- De 1953 a 1976: De consolidación del Control, (con predominio del control previo sobre el control por inspección); 3ª.-De 1977 a 1982: Etapa de transición del control previo al control por inspección y 4ª.- De 1982 (R.D.de 15-10-1982) a la ley de 1984: Que consagra el control de solvencia.

¹⁸⁶TEJERO LAMARCA, Luis. “El control de la administración del Estado sobre la actividad de seguros. Especial referencia a la Inspección de Seguros”, en “Comentarios a...”, op. cit. CUNEF. Madrid, 1988, p. 517.

¹⁸⁷ NUÑEZ LOZANO, M.C. Op. cit., pp. 46 y 47.

B. Regulación del procedimiento especial de liquidación intervenida.

Dicha regulación fue establecida por la *O.M. de 24 de septiembre de 1985*¹⁸⁸ la cual desarrollo en este punto las previsiones contenidas en el Capítulo VII del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado de 1 de agosto de 1985.

El referido procedimiento especial solo era aplicable cuando la Entidad sometida a liquidación intervenida así lo solicitase de la Dirección General de Seguros, no estuviera incurso en estado de insolvencia patrimonial al ser sus bienes y derechos de activo realizable superiores al pasivo exigible estimado y, además, no actuase como liquidador la Comisión Liquidadora de entidades Aseguradoras.

Este procedimiento implicaba una mayor agilización en los actos de liquidación al dar una mayor rapidez a la actuación de la Intervención del Estado¹⁸⁹.

Así para los gastos corrientes -(siniestros, impuestos, salarios y cumplimiento de sentencias judiciales)- los liquidadores debían remitir a los interventores una relación mensual de los mismos, los cuales debían ser aprobados en un plazo de siete días transcurridos los cuales sin resolución expresa se entendían tácitamente aprobados.

Idénticos plazos se establecían para que la Dirección General de Seguros aprobase los gastos extraordinarios.

C. Desarrollo reglamentario de la normativa sobre mutualidades de previsión social.

Otra de las novedades legislativas de este periodo fue el Real Decreto de 4 de diciembre de 1985, por el que se aprobó el Reglamento de Entidades de Previsión Social¹⁹⁰.

Dicho Reglamento fue dictado como desarrollo de la regulación contenida en el Capítulo IV de la Ley sobre Ordenación de los Seguros Privados que estaba dedicado en exclusiva a las Entidades de Previsión Social.

Este tipo de entidades estaban reguladas por la Ley de 6 de diciembre de 1941 sobre Mutualidades de Previsión Social y por su Reglamento de 1943, aprobado por Decreto de 26 de mayo, sometidas al control del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y expresamente excluidas de los preceptos de la Ley de Ordenación del Seguro privado de 1954 por el artº 2 c) de esta última.

Los Proyectos de Ley de Seguros de 1977 y de 1981 mantenían el régimen de exclusión, si bien algunas de las enmiendas presentadas en el de 1981 ampliaban el control del Ministerio de Hacienda o, como la del Grupo Centrista, incluían plenamente a este tipo de entidades en el ámbito de aplicación de la ley¹⁹¹.

¹⁸⁸ B.O.E. de 1 de octubre.

¹⁸⁹ SANCHEZ CALERO.F. “Revocación, disolución y liquidación”, en “*Comentarios a la Ley...*”, op. cit. CUNEF, p. 40.

¹⁹⁰ Real Decreto 2615/1985 de 4 de diciembre (B.O.E. de 15 de enero de 1986).

¹⁹¹ TIRADO SUAREZ, F.J. “*Ley ordenadora...*”, op. cit. pp. 124 a 126.

Fue el Proyecto de Ley de Ordenación de 21 de septiembre de 1983 el que modificó de manera radical el tratamiento del tema, al establecer que las mutualidades de previsión social se consideraban sometidas a dicha ley, declarando vigente la Ley de 6 de diciembre de 1941 que las regulaba y estableciendo el plazo de un año para que el Gobierno publicase un texto refundido de la misma incluyendo las modificaciones derivadas de la nueva ley de seguros.

Tras un amplio debate parlamentario, ya que la cuestión no era pacífica¹⁹² (de las 312 enmiendas presentadas al proyecto 89 hacían referencia a las mutualidades de previsión social), finalmente se optó por dedicar a este tipo de entidades un capítulo íntegro de la ley, el número IV (arts. 16 a 21), por desarrollar dicho capítulo en un Reglamento independiente (D.A. sexta, nº 2 de la ley de 1984), y derogar la Ley de 1941.

La justificación de tal proceder venía dada en la propia Exposición de Motivos de la Ley la cual, dentro de una de sus dos grandes finalidades, la de *“ordenación del mercado de seguros en general”*, al aclarar su objetivo de *“normalizar el mercado, dando a todas las Entidades aseguradoras la posibilidad de participar en el mismo régimen de absoluta concurrencia y sin tratamientos legales discriminatorios”*, consideraba en este sentido necesario *“incluir en la nueva regulación a las Entidades de previsión social (...) con el fin de someterlas al mismo control de solvencia que las restantes Sociedades aseguradoras, suprimiendo las distintas jurisdicciones administrativas a que ahora están sometidas e integrándolas a estos efectos, con carácter unitario, en la específicamente dedicada al control de seguros”*. *“Ello sin perjuicio de mantener las características técnicas y sociales de tales Entidades que sean más congruentes con su finalidad. Por ello la Ley incorpora una somera regulación de dichas Entidades en un capítulo específico. En él se recogen sus exigencias básicas y las características que las diferencian de otras Entidades que operan en el mercado de la cobertura de riesgos, teniendo en cuenta las competencias que sobre ellas han asumido algunas Comunidades Autónomas a través de los respectivos Estatutos de Autonomía”*.

Como antes se comentó, por R.D. de 4 de diciembre de 1985 se aprobó el Reglamento de Entidades de Previsión Social que constaba de 53 artículos, 2 disposiciones finales, y 8 transitorias.

Dicho Reglamento contiene 25 remisiones literales a lo que él denomina “Reglamento General”, que afectan a 87 de los 134 artículos de este último, y que no era otro que el de “Ordenación del Seguro Privado” de 1 de agosto de 1985, cuya identificación normativa podía ser realizada gracias a que la exposición de motivos del ahora comentado así lo aclara, pues el reglamento “de ordenación” no llevaba en su denominación la calificación de “general”.

¹⁹² A este respecto señala TIRADO SUAREZ en Op. cit. p.117 que “es, sin duda, el Capítulo IV de la Ley relativo a la Mutualidades de Previsión Social, el de alcance más innovador de la Ley ya que pone fin a un proceso legislativo diferenciado de más de 40 años.

La interpretación de este extraño Capítulo –parece una Ley dentro de otra- es difícil realizarla sin apasionamiento, dada la amplia defensa de posiciones realizada por la Confederación Nacional de entidades de Previsión Social, la incidencia de las competencias tipificadas de algunos Estatutos de Autonomía con carácter exclusivo y el tema de la reforma de la Seguridad Social”.

El Reglamento de Entidades de Previsión Social de 1985 ha sido derogado por el nuevo Reglamento de Mutualidades de Previsión Social aprobado por el Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre (BOE de 17 de enero de 2003). El nuevo Reglamento abandona las referencias al Reglamento “general”, utilizando cuando ello es preciso la remisión al “Reglamento de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados”, pero mantiene la misma metodología de constantes remisiones a este último, las cuales suman un total de 22 que afectan a más del 60 por ciento del articulado del Reglamento de Ordenación, conteniendo además preceptos cuya redacción no hace sino reproducir el texto de este último. Las remisiones afectan a materias de tan especial importancia en el régimen asegurador tales como provisiones técnicas, margen de solvencia, contabilidad, bases técnicas y tarifas, deberes de información al tomador, protección del asegurado, cesión de cartera, transformación, escisión, fusión, revocación de la autorización, disolución, liquidación, infracciones y sanciones. Además, contiene una regla general en virtud de la cual será de aplicación el Reglamento de Ordenación y Supervisión en todo lo no se oponga al propio Reglamento de previsión social.

El que una misma ley tenga simultáneamente un doble desarrollo reglamentario es, cuando menos, una muestra de dudosa y deficiente técnica legislativa que, como más adelante comentaremos, se ha vuelto a repetir en la vigente Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado de 8 de noviembre de 1995, y que ya fue en su momento criticada por un sector de la doctrina¹⁹³

Sin entrar en este momento en si la existencia del propio Capítulo IV de la ley de 1984 obedecía a razones de fondo inherentes a la forma jurídico social que regulaba o si, por el contrario, fue consecuencia de la presión ejercida por determinados sectores de la Previsión Social, lo cierto es que una vez admitidos por la ley una determinada especialidad basada en “*las características técnicas y sociales*” de este tipo de Entidades, lo cual justificaba al legislador de 1984 (y sigue justificando al de 1995) para dedicarles un Capítulo específico en la ley, lo correcto hubiera sido efectuar su desarrollo reglamentario mediante otro capítulo específico en el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado¹⁹⁴.

La deficiente técnica legislativa seguida en este punto y el carácter transaccional de la postura finalmente adoptada se ponen de manifiesto cuando, como anteriormente indicábamos, los Reglamentos de Previsión Social se han visto necesitados de una constante remisión normativa al Reglamento “general” (Reglamento de 1985) o al de “ordenación” (Reglamento de 2002), persistente en la forma e importante en el fondo, extremo que los propios textos reglamentarios justifican en su Exposición de Motivos como una exigencia del “*carácter integrador del régimen de las Entidades aseguradoras*” (1985) o “*para evitar reiteraciones innecesarias*” (2002).

¹⁹³ ANGULO RODRIGUEZ.L. “Aspectos mercantiles de las Mutualidades de Previsión Social y Fondos de Pensiones”. *Revista de seguridad Social*, nº 24. 1984, p.55; y “Las Mutualidades de Previsión Social como empresas aseguradoras”. *Revista. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 11, 1986, pp. 26 y 27.

También TIRADO SUAREZ. F.J. “*Ley ordenadora...*”, op. cit. p. 138, y DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. “*Comentarios al Reglamento de Ordenación del Seguro Privado*”. Pp. 16 y 17. Madrid. 1987.

¹⁹⁴ DEL CAÑO ESCUDERO, F. “*Comentarios al Reglamento...*”. Op. cit. p. 17.

4. CUARTA ETAPA: DE 1986 HASTA HOY. ETAPA COMUNITARIA.

Esta etapa viene especialmente marcada tanto por la amplia recepción en el Ordenamiento Jurídico Español de la normativa emanada de la Directivas Comunitarias que empezaron a ser de obligada aplicación a partir del 1 de enero de 1986, fecha en que entró en vigor el Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, como por el inicio en España de la Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

También podemos dividir esta etapa en dos periodos: desde 1986 hasta la vigente Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado de 8 de noviembre de 1995, y desde esta última hasta nuestros días.

4.1. Principales disposiciones de esta etapa:

4.1.1. Periodo hasta la Ley de 1995.

- *Real Decreto Legislativo de 6 de junio de 1986* que adapta la Ley de ordenación de 1984 al Tratado de adhesión de España a la C.E.E.

- *Real Decreto de 22 de agosto de 1986* que aprueba el reglamento de funcionamiento de la Comisión Liquidadora de Entidades aseguradoras.

- *Real Decreto de 13 de febrero de 1987* regulando las operaciones de seguro en moneda extranjera.

- *Orden Ministerial de 9 de abril de 1987* que desarrolla el Reglamento de Entidades de Previsión Social.

- *Ley 8/1987, de 8 de junio*, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

- *Orden Ministerial. de 7 de septiembre de 1987* que desarrolla determinados preceptos del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado.

- *Ley de 29 de julio de 1988* sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que modifica la Ley de Ordenación del Seguro Privado.

- *Real Decreto 1307/1988, de 30 de septiembre*, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

- *Orden Ministerial de 7 de noviembre de 1988*, por la que se determina el procedimiento de inscripción registral de Instituciones y personas relacionadas con los Planes y Fondos de Pensiones.

- *Real Decreto de 18 de noviembre de 1988* que modifica las cuantías mínimas de los capitales sociales y los fondos mutuales previstos por la Ley de 2 de agosto de 1984.

- *Real Decreto de 23 de diciembre de 1988* por el que se regulan las operaciones de reaseguro comunitario.

- *Orden Ministerial de 10 de abril de 1989*, por la que se aprueba el modelo de declaración anual de partícipes y aportaciones y los diseños físicos y lógicos de los soportes magnéticos legibles directamente por ordenador, que deben presentar las Entidades Gestoras de Fondos de Pensiones y las entidades acogidas a sistemas alternativos de cobertura de prestaciones análogas a las de los Fondos de Pensiones.

- *Orden Ministerial de 22 de mayo de 1989* desarrollando la D. Adicional 19ª de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, en lo relativo al régimen transitorio de la normativa sobre Planes y Fondos de Pensiones.

- *Orden Ministerial de 27 de julio de 1989*, reguladora del proceso de formalización de planes de pensiones promovidos al amparo del régimen transitorio establecido en el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

- *Orden Ministerial de 21 de julio de 1990*, sobre normas actuariales aplicables a los Planes de Pensiones.
- *Ley de 19 de diciembre de 1990*, que adapta el Derecho Español a las Directivas de la C.E.E., sobre Libertad de Servicios y actualiza la legislación de seguros privados.
- *Ley de 30 de abril de 1992*, de Mediación en Seguros Privados.
- *Ley de 1 de junio de 1992*, de Recursos propios y supervisión en base consolidada-
- *Real Decreto de 6 de noviembre de 1992*, que desarrolla la Ley anterior.

4.1.2. Periodo desde la Ley de 1995 hasta nuestros días.

- *Ley de 8 de noviembre de 1995* sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
- *Real Decreto de 26 de diciembre de 1997* aprobando el nuevo Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras.
- *Real Decreto 1353/1998, de 26 de junio*, por el que se establecen las condiciones para la contratación de la administración y depósito de los activos financieros de los Fondos de Pensiones.
- *Real Decreto de 20 de noviembre de 1998*, aprobando el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que desarrolla la Ley de 8 de noviembre de 1995.
- *Real Decreto de 23 de diciembre de 1998* sobre adaptación de la normativa de seguros, planes y fondos de pensiones a la introducción del euro.
- *Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1998* que desarrolla determinados preceptos de la normativa reguladora de los seguros privados y se establecen las obligaciones de información como consecuencia de la introducción del euro (y se aprueban los modelos de la documentación estadístico-contable).
- *Resolución de 5 de enero de 1999* por la que se publica el tipo de interés máximo a utilizar en el cálculo de la provisión de seguros de vida para el ejercicio 1999.
- *Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre*, por el que se aprueba el Reglamento sobre la Instrumentación de los Compromisos por Pensiones.
- *Resolución de 5 de enero de 2000*, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones por la que se publica el tipo de interés máximo a utilizar en el cálculo de la provisión de seguros de vida para el ejercicio 2000.
- *Real Decreto de 2 de junio de 2000* que modifica determinados preceptos del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras y normas para la formulación de cuentas de los grupos de entidades aseguradoras, para adaptarlos a la Directiva 98/78/CE de 26 de diciembre, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros.
- *Ley de Medidas fiscales, administrativas y del orden social de 29 de diciembre de 2000* que en su capítulo III dedicado a la “acción administrativa en materia de seguros”, modificó en su artº 70 los artículos 62 (protección administrativa) y 63 (defensor del asegurado) de la Ley de Ordenación.
- *Resolución de 8 de enero de 2001*, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones por la que se publica el tipo de interés máximo a utilizar en el cálculo de la provisión de seguros de vida para el ejercicio 2001.
- *Orden Ministerial de 24 de junio de 2001*, por la que se aprueban los modelos de información a suministrar por las entidades aseguradoras que concierten contratos que instrumenten compromisos por pensiones, se añade un modelo nº 23 a la documentación

estadístico-contable aprobada por la Orden de 23 de diciembre de 1998, se modifica el artº 2, último párrafo de esta última y se establece el tipo de interés técnico aplicable a los contratos antes referidos.

- *Resolución de 3 de enero de 2002*, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones por la que se publica el tipo de interés máximo a utilizar en el cálculo de la provisión de seguros de vida para el ejercicio 2002.

- *Orden ECO/77/2002, de 10 de enero*, por la que se modifica la Orden ministerial de 23 de diciembre de 1998 y se desarrolla la norma de valoración 5ª.2.2 del Plan de contabilidad de entidades Aseguradoras.

- *Orden ECO/586/2002, de 8 de marzo*, por la que se incluyen nuevos procedimientos, trámites, sistemas normalizados y preimpresos para hacer efectivo el ejercicio de derechos, acciones y comunicaciones a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas en el área de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

- *Ley 44/2002, de 23 de noviembre*, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

- *Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

- *Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre*, por el que se aprueba el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social.

- *Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo*, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos, para ciertas finalidades financieras (aplicable, entre otras finalidades, a la cobertura de las provisiones técnicas de las entidades aseguradoras).

4.2. Periodo hasta la vigente Ley de 1995: Principales novedades

Seguidamente haremos una breve reseña de las principales modificaciones sufridas por la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984, hasta la entrada en vigor de la actual de 1995:

A. Adaptación de la Ley de 1984 a las Directivas Comunitarias

Dicha adaptación fue efectuada ‘por el R.D. Legislativo de 6 de junio de 1986¹⁹⁵, y por la Ley de 19 de diciembre de 1990¹⁹⁶.

a. Adaptación a las Primeras Directivas

La primera de las disposiciones citadas adaptó la Ley de 1984 a las Directivas Comunitarias 73/239 de 24 de julio¹⁹⁷, 73/240 de 24 de julio¹⁹⁸, 78/473 de 30 de

¹⁹⁵ Real Decreto Legislativo 1255/1986, de 6 de junio. por el que se modifican determinados artículos de la Ley 33/1984 para adaptarla a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea (BOE de 27-6-1986).

Dicho Real Decreto Legislativo fue dictado en aplicación de lo previsto en materia de Ordenación del Seguro Privado por la Ley de 27 de diciembre de 1985 de Bases de Delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas.

¹⁹⁶ Ley 21/1990, de 19 de diciembre, sobre adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicio en seguros distintos al de vida y actualización de la legislación de seguros privados.

mayo¹⁹⁹, 79/267 de 5 de marzo²⁰⁰ y 84/641 de 10 de diciembre²⁰¹, cuya incorporación al ordenamiento asegurador español supuso la modificación de los siguientes conceptos y artículos de la Ley:

- Artº. 3: (Operaciones prohibidas) Se eliminó de las operaciones prohibidas las tontinas y chatelusianas.

- Artº. 4: (Entidades y personas sometidas a los preceptos de la Ley)

Se eliminaron las especialidades reconocidas a los Organismos Autónomos y a las Sociedades o Entidades con participación de las Administraciones Públicas o de sus Organismos, sometiéndolos íntegramente a la legislación específica de seguros, a la Ley de Contrato de seguro y a la jurisdicción civil.

- Artº. 5: (Ámbito de aplicación de la Ley) Declaró no aplicable el principio de reciprocidad a las entidades con domicilio social en el interior de la Comunidad Económica Europea.

- Artº. 10: (Capital social y fondo mutual) Se incluyó el ramo de Asistencia en Viaje en el Grupo 3º a efectos de exigencia de capitales mínimos -80 millones de pesetas- que inicialmente estaba incluido en el Grupo 4º -40 millones de pesetas-

- Artº. 12: (Delegaciones de entidades extranjeras) Se dejaron de exigir determinadas condiciones previas para su autorización a las Delegaciones de Entidades con domicilio social en el interior de la Comunidad Económica Europea: - autorización en su país de origen de al menos 5 años en los ramos en que se propusieran operar en España; - necesidad de la aceptación previa del Delegado General por parte de Ministerio Español de Economía y Hacienda; - aportación de un Fondo Permanente de la Casa Central de cuantía similar a los Capitales desembolsados o Fondos Mutuales mínimos exigidos a las entidades españolas y aportación de un Fondo de Garantía de la mitad del mínimo señalado por la normativa.

- Artº. 25: (Margen de solvencia y fondo de garantía) Se precisó que el Fondo de Garantía era la tercera parte de la “cuantía mínima” del Margen de solvencia y declaró exentas de la cuantía mínima del Fondo de Garantía a las Mutuas con régimen de derrama pasiva cuando su recaudación anual de primas no superara los 50 millones de pesetas en el ramo de Vida y los 125 en los demás ramos exceptuados los de

¹⁹⁷ Primera Directiva del Consejo, de 24 de julio de 1973,, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio.

¹⁹⁸ Directiva del Consejo, de 24 de julio de 1973, por la que se suprimen, en materia del seguro distinta del seguro de vida, las restricciones a la libertad de establecimiento.

¹⁹⁹ Directiva del Consejo, de 30 de mayo de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de coaseguro comunitario.

²⁰⁰ Primera Directiva del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio.

²⁰¹ Directiva del Consejo, de 10 de diciembre de 1984, por la que se modifica, en lo que se refiere en particular a la asistencia turística, la Primera Directiva (73/239/CEE) por la que se establece una coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de seguro distinto del seguro de vida y a su ejercicio.

Responsabilidad Civil, Crédito o Caución, y ello en lugar del anterior límite de 50 millones para todos los ramos, con excepción también de los tres últimos citados.

- *Art.º 29:* (Causas de la revocación y sus efectos) Declaró no aplicable el principio de reciprocidad en la revocación de la autorización a Entidades Extranjeras, o a Sociedades Españolas con participación mayoritaria extranjera, cuando el domicilio social de la entidad radique en, o la participación provenga de países de la Comunidad Económica Europea.

- *Art.º 37:* (Entidades reaseguradoras) Permitió que las Entidades reaseguradoras domiciliadas en el interior de la Comunidad Económica Europea puedan aceptar en España operaciones en reaseguro, desde sus agencias o delegaciones establecidas en cualquiera de los países de esta, mientras que las demás solo pueden hacerlo desde su sede central. También se declaró no aplicable el principio de reciprocidad a dichas reaseguradoras a los efectos de la facultad de poder prohibir las cesiones a determinadas entidades.

- *Art.º 38:* (Plenos de retención) Se suprimió la posibilidad de que el Ministerio de Economía y Hacienda pudiera prohibir tanto una excesiva retención en reaseguro como un exceso de cesiones.

- *Art.º 41:* (Fomento del seguro) Se permitió que a través del coaseguro los aseguradores establecidos en la Comunidad Económica Europea pudieran cubrir riesgos situados en España.

b. Adaptación a las Segundas Directivas

La segunda y más importante adaptación de la Ley de 1984 a las Directivas Comunitarias fue llevada a cabo por la *Ley de 19 de diciembre de 1990*²⁰² mediante la cual, entre otras modificaciones, fueron incorporadas al Ordenamiento español las Directivas 88/357 de 22 de junio²⁰³, la 87/343 de 22 de junio²⁰⁴ y la 87/344 de 22 de junio²⁰⁵.

Las modificaciones introducidas por la indicada Ley de 1990 afectaron a la Ley sobre Ordenación del Seguro Privado de 1984, a la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 y a la Ley Reguladora de la Producción de los seguros Privados. Dicha ley estableció, además, un nuevo Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, para adaptarlo a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de

²⁰² Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación del Derecho español a la directiva 88/357/ CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y actualización de la legislación de seguros privados (BOE de 20-12-1990).

²⁰³ Segunda Directiva del Consejo sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE.

²⁰⁴ Directiva del Consejo por la que se modifica, en lo que se refiere al seguro de crédito y al seguro de caución, la Primera Directiva 73/239/CEE sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas. Relativas al acceso al la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio.

²⁰⁵ Directiva del Consejo sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica.

España a la Comunidad Económica Europea que requerían la pérdida de su actividad monopolística en el aseguramiento de los Riesgos Extraordinarios.

Como consecuencia de lo anterior la Ley de 1984 se vio afectada en los siguientes artículos y conceptos:

- *Artº. 2: (Operaciones sometidas)* Considera sometidas a la Ley las operaciones de seguro y reaseguro efectuadas por entidades españolas , por delegaciones de entidades extranjeras o sobre riesgos situados en España.

- *Artº. 2-bis:* Fue suprimido (autorizaba a las entidades aseguradoras a efectuar operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación).

- *Artº. 3: (Sobre operaciones prohibidas)* Se reordena el contenido de las apartados b) y c).

- *Artº. 4: (Entidades sometidas)* Se amplía el ámbito subjetivo de la Ley a las Entidades de nacionalidad no española que, domiciliadas en la CEE, pretendieran operar en España mediante el sistema de libre prestación de servicios, siempre que no se tratara del aseguramiento de “grandes riesgos”.

También las prestaciones sanitarias efectuadas directamente por las Entidades de asistencia sanitaria quedaron sometidas a lo dispuesto en la legislación sanitaria correspondiente.

- *Artº. 5º: (Operaciones prohibidas)* Se adaptó el principio de reciprocidad internacional a los requerimientos de la legislación comunitaria excluyendo de su aplicación a las Entidades domiciliadas en la Comunidad Económica Europea.

- *Capítulo II:* A su denominación de “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora” se le añadió la frase “por medio de establecimiento en España”.

- *Artº. 6: (Autorización administrativa)* Se precisa que es necesaria para las Entidades que se propusieran operar “por medio de establecimiento situado en España”.

- *Artº. 7: (Naturaleza de las Entidades aseguradoras)* Se adapta la exigencia general de poseer determinada forma jurídica a lo establecido en los nuevos capítulos X y XI de la Ley sobre “condiciones para el ejercicio del seguro distinto al de vida en régimen de prestación de servicios” y sobre “coaseguro comunitario”, respectivamente.

- *Artº. 9: (Denominación)* Se precisa que lo dispuesto al efecto solo es aplicable a las “Entidades aseguradoras domiciliadas en España”.

- *Artº. 11: (Administradores y Gerentes)* Se les exige que sean personas de “reconocida honorabilidad comercial y profesional” así como que posean “conocimiento y experiencia adecuados”.

Así mismo se adecua la prohibición para ejercer tales cargos a los que hubiesen sido sancionados según lo dispuesto con el artº. 44-1 de la Ley, que también se modifica.

- *Artº.16: (Mutualidades de previsión social – conceptos y requisitos)* Se reordena la redacción del nº 3 y se amplían los límites de capitales garantizables a 1.600.000 pts como renta anual y a 6.500.000 pts como capital único.

- *Capítulo V:* A su denominación de “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora” se le añade la frase “por medio de establecimiento en España”.

- *Artº. 23: (Estatutos, pólizas y tarifas).* Se precisa que el sometimiento a la Ley de Contrato de Seguro se refiere a los riesgos situados en España distintos de los “grandes riesgos” a los cuales solo se les aplicará dicha Ley cuando no haya pacto en contrario.

También se estableció que para los “grandes riesgos” definidos como tales por la ley, en ramos ya autorizados, solo podría exigirse la comunicación no sistemática de la documentación contractual y técnica.

- *Artº. 24: (Provisiones técnicas)* Se autoriza al Gobierno a establecer las normas y límites para el cumplimiento del principio de congruencia monetaria en las inversiones.

- *Artº. 25: (Margen de solvencia y Fondo de Garantía)* Se establecen en “ecus” las cuantías mínimas generales del fondo de garantía, salvo el reaseguro profesional que no varía, y se disponen cuantías especiales para las Entidades que operen en el Seguro de Crédito.

- *Artº 27: (Cesión de cartera)* Se da nueva redacción a este artículo para hacer posible la aplicación de la libre prestación de servicios, previendo la posibilidad de que las cesiones pueden realizarse entre establecimientos radicados en Estados distintos y, además, incluir riesgos situados en un tercer Estado miembro de la CEE.

- *Artº. 28: (Fusión, transformación y escisión)* Se adapta a la nueva redacción dada al artº. 27.

- *Artº. 31: (Liquidación)* Las obligaciones derivadas de los contratos realizados en régimen de prestación de servicios se ejecutarán en forma similar a las de los demás contratos, sin distinción de nacionalidad de los tomadores, asegurados y beneficiarios.

- *Artº. 37: (Entidades reaseguradoras)* Obliga a que los Administradores de las Sociedades Anónimas reaseguradoras españolas efectúen la rendición de cuentas anuales en el primer semestre del año.

- *Artº. 40: (Registro Especial)* Elimina de la tipología de Registros Especiales el de “Corredores de Reaseguro” y sustituye el de “Agentes de Seguros” y de “certificados de suficiencia de Agentes Afectos” por el de “Mediadores de Seguros”.

- *Art.º 41: (Aseguramiento en la Comunidad Económica Europea)* Se eliminan las competencias públicas para fomentar la contratación con Entidades españolas de los seguros de transportes o los derivados de las exportaciones e importaciones españolas.

Se permite que los riesgos localizados en España puedan ser asegurados por Establecimientos de Entidades domiciliadas en la CEE, bien en régimen de libre Prestación de Servicios o bien mediante Coaseguro Comunitario, fórmula esta última que se admitía únicamente antes de la modificación.

- *Art.º 42: (Medidas Cautelares)* Incluye la posibilidad de aplicar Medidas Cautelares a las Entidades europeas que cubran riesgos en España en régimen de prestación de servicios; se incorpora como situación que puede determinar la aplicación de dichas medidas la adopción de las mismas o la revocación de la autorización por parte de las autoridades de control del país de origen al que pertenezcan las Entidades europeas y se amplía la prohibición de realizar operaciones en el extranjero a las Entidades españolas que operen en prestación de servicios en otros países europeos.

- *Art.º 43: (Infracciones administrativas)* Se incluye a las Entidades que cubran riesgos en España en régimen de prestación de servicios, entre los sujetos que pueden incurrir en responsabilidad

Se tipifica la retención indebida o la falta de recaudación de las primas y recargos que las Entidades deben recaudar a los asegurados por cuenta del Consorcio de Compensación de Seguros.

Se subsanó un error de redacción del nº 5, que trataba de las infracciones leves.

- *Art.º 44: (Sanciones)* La sanción de revocación de la autorización administrativa se extiende, en el caso de Entidades que operasen en España sin establecimiento, a la prohibición de seguir operando en España en régimen de prestación de servicios.

- *Art.º 46: (La Inspección de Seguros)* Se someten a la Inspección las empresas que se presume formen grupo con una Entidad aseguradora para determinar su incidencia en esta última.

Se establece que, en caso de oposición por parte de la persona o Entidad inspeccionadas, será precisa la autorización judicial si se trata del domicilio o del Director General de Seguros si se trata de otro tipo de dependencias.

Se dispone la obligación de entregar a los inspectores copia de la documentación que soliciten para su incorporación al Acta, pudiendo el inspeccionado negarse a ello mediante escrito motivado que se adjuntará a aquella.

Se establece el contenido mínimo de las Actas de Inspección.

Se declara supletoria la Ley de Procedimiento Administrativo.

- *D.F. Primera*: Modifica la relación de preceptos de la Ley que se consideran bases de la ordenación de los seguros privados, a los efectos de lo prevenido por el artº. 149, 1. 11ª, de la Constitución Española.

- *Capítulo X* (Arts. 50 a 67): De nueva creación, reguló las “Condiciones para el ejercicio del seguro directo distinto al de vida en régimen de prestación de servicios.

- *Capítulo XI* (Arts. 68 y 69): También de nueva creación, regula el Coaseguro Comunitario.

- *DD.TT. 9ª y 10ª*: Referidas a la aplicación de la definición de grandes riesgos.

- *DD.AA. 4ª a 8ª*: Establecen: -la moneda en que son exigibles los compromisos del asegurador; -la posibilidad de conceder autorización para operar a organizaciones admitidas por las Directivas comunitarias, aunque no revistan alguna de las formas jurídicas previstas por la Ley; -la autorización al Gobierno para adaptar la definición de grandes riesgos a la normativa comunitaria; -normas para la gestión del ramo de defensa jurídica y criterios a seguir cuando, directa o indirectamente, se pretenda adquirir el 15% o más del capital de una sociedad anónima o una cooperativa españolas.

*B. Modificaciones introducidas por la Ley de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*²⁰⁶.

Esta Ley dio uniformidad y seguridad jurídica a los aspectos disciplinarios de la actividad de las Entidades de Crédito que se encontraban dispersos en un elevado número de disposiciones.

Así la propia Exposición de Motivos de la norma se expresaba del siguiente tenor: “*en nuestro ordenamiento jurídico son muy abundantes las normas que establecen preceptos inspirados en los criterios expuestos más arriba para los diferentes tipos de entidades financieras, definiendo unas infracciones de los mismos sancionables por la vía administrativa. Esa normativa presenta, sin embargo, deficiencias muy graves que se pueden agrupar en dos categorías: las que oscurecen la correcta aplicación del principio de legalidad aplicable a las normas sancionadoras en sus elementos esenciales (atribución de potestades sancionadoras a la Administración, tipificación precisa de las infracciones y sanciones); y las que surgen de la enorme dispersión y variedad de las disposiciones en que se recoge la normativa, con las lagunas legales y la falta de coordinación correspondiente. Para atender esas deficiencias, y siguiendo al propio tiempo la política promovida por la CEE de impulsar la creación de un marco común de supervisión de las entidades financieras, resulta necesaria la publicación de la presente Ley. Con ella se pretende adecuar el derecho sancionador en la materia a las normas constitucionales aplicables a la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional, e igualmente afectar al conjunto más amplio de entidades financieras, generalizando así este aspecto de su estatuto legal*”.

También dicha Ley fue más allá de la regulación estricta de los aspectos disciplinarios de la actividad de las entidades de crédito, y así aclara en la Exposición de Motivos que: “*en defecto de una Ley general sobre ordenación de la actividad de las*

²⁰⁶ Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito (BOE de 30-7-1988).

entidades de crédito, cuya necesidad se deja sentir, pero que, por su complejidad, no puede abordarse con premura, se ha considerado conveniente aprovechar la aprobación de esta Ley para resolver ciertos problemas sustantivos importantes del régimen legal de las diversas categorías de entidades financieras”.

En relación con el sector de las entidades de seguros, el texto legal declara que *“no se limita esta Ley a cubrir lagunas, sino que se opta por extender a las mismas, con las naturales adaptaciones, su régimen sancionador y sus soluciones en materias de intervención y sustitución de los administradores. Con ello se ha perseguido tanto dar un paso más hacia la homogeneidad del derecho sancionador administrativo del mundo financiero, como superar las deficiencias advertidas en la aplicación de los correspondientes preceptos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado”.*

La Ley comentada, especialmente en su Disposición Adicional Primera, introdujo modificaciones en el régimen establecido por la Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984 (apartados primero, tercero, cuarto, sexto y séptimo) y afectó también a algunos aspectos de la Ley reguladora de la Producción de los Seguros Privados de 1 de agosto de 1985 (apartados segundo y quinto).

Los artículos modificados en la Ley de 1984 fueron los siguientes:

- *Art.º 10: (Capital social y fondo mutual)* Se estableció la exigencia de que el capital social de la sociedades anónimas de seguros y reaseguros estuviese integrado, en todo caso, por acciones nominativas.

- *Art.º 42: (Medidas cautelares)* Se amplió el régimen jurídico de las medidas cautelares de “suspensión de administradores” y de “intervención” de las entidades, regulando sus efectos con más amplitud y se precisaron los supuestos en que podía prescindirse del obligado trámite de audiencia al interesado estableciendo un plazo de quince días para la resolución de los recursos que procedieren.

También se incluyó de posibilidad de aplicar la “compulsión directa”, como medio de ejecución forzosa para la toma de posesión de oficinas, libros y documentos, en los casos de designación de administradores, liquidadores o interventores por parte del Organo de Control.

- *Arts.: 43 (Infracciones administrativas), 44 (Sanciones) y 45 (Ejercicio de actividades y uso de denominaciones reservadas a las entidades de seguros).*

Los dos primeros preceptos fueron dotados de una nueva redacción cuyas novedades consistieron, en síntesis, en incrementar la cuantía de la sanción de multa, y aplicar, para los tipos infractores y las sanciones, el mismo régimen establecido para las Entidades de Crédito, con algunas excepciones e incluyendo, en la tipología de las infracciones, los supuestos específicos propios de las Entidades de Seguros.

Se incorporó también como tipo infractor la utilización de denominaciones propias de las entidades de seguros.

Así mismo se introdujeron las siguientes novedades en el régimen de las entidades de seguros:

- *Prescripción de las infracciones*: El apartado quinto de dicha D.A. estableció el mismo régimen de prescripción previsto para las infracciones de las entidades de crédito.

- *Participaciones de control*: También el apartado octavo de la indicada D.A. Primera, declaró aplicable a las entidades de seguros y reaseguros lo establecido para las de crédito en la D.A. segunda, respecto al deber de comunicación al Organismo de Control de cualquier participación en el capital social igual o superior al cinco por ciento.

*C. Modificaciones realizadas por la Ley de 25 de julio de 1989, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE*²⁰⁷.

Fueron modificados los arts. 7 (Naturaleza de las entidades aseguradoras) y 13 (Sociedades mutuas y cooperativas a prima fija) de la Ley de Seguros de 1984, estableciéndose que las entidades aseguradoras, sin distinción de forma jurídica, deberían constituirse mediante escritura pública que debía ser inscrita en el Registro Mercantil.

*D. Modificaciones introducidas por la Ley de 30 de abril de 1992, de Mediación en Seguros Privados*²⁰⁸.

Los preceptos de la Ley de 1984 que sufrieron modificación fueron los siguientes:

- *Artº. 2º, 2,e): (Operaciones sometidas)* Declaró sometidas a la Ley solo las actividades de los peritos tasadores y de los comisarios y liquidadores de averías cuando ejercieran estos la función de tercer perito, de acuerdo con lo previsto en el artº 48 de la Ley.

- *Artº. 3º, apartados c) párr. segundo, y d): (Operaciones prohibidas)* Se consideraron como operaciones no prohibidas tanto la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución de bienes y servicios como los contratos que pudieran celebrarse entre entidades de seguros para suscribir pólizas de una de ellas a través de la red de distribución de la otra.

- *Artº. 4º, 1 d): (Entidades y personas sometidas a la Ley)* En el caso de los peritos tasadores y los comisarios y liquidadores de averías se limitó el sometimiento a los que ejercieran la función de tercer perito.

- *Artº. 37, 6: (Entidades reaseguradoras)* Se eliminó para los Corredores de Reaseguro la prohibición de extender su gestión cerca de los tomadores de seguros o de los asegurados.

²⁰⁷ Artº. Decimosexto de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea. (BOE de 27 de julio de 1989).

²⁰⁸ D.A. Quinta de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados. (BOE de 2 de mayo de 1992).

- *Art.º 39, 2: (Competencias de las Administraciones Públicas)* Se amplió la competencia de la Comunidades Autónomas a las “entidades de seguros” que antes estaba limitada a las “entidades de seguro directo”.

- *Art.º 40: (Registro Especial)* Se suprimió el registro de Corredores de Reaseguros. Se sustituyeron los Registros de Títulos de Agentes de seguros y de Agentes Afectos por los de “Corredores de Seguros” y de “Sociedades de Correduría de Seguros” y de sus “Altos Cargos” y se circunscribieron los de Peritos, Comisarios de Averías y Liquidadores de Averías a los que ejercieran las funciones de tercer perito.

- *Art.º 43, ns. 3 f) 4 e) y 5: (Infracciones administrativas)* Se precisó la infracción muy grave de “incumplimiento de los contratos de seguro” refiriéndola a las normas contractuales “imperativas” exigiendo la reiteración y, respecto de la infracción de “prácticas abusivas que perjudiquen el derecho de los asegurados” se eliminó la necesidad de que no tuvieran carácter meramente ocasional o aislado.

Se estableció como infracción grave el incumplimiento de las normas contractuales imperativas cuando tuviera carácter ocasional o aislado así como el incumplimiento reiterado de las no imperativas.

Se incluyó como infracción leve el incumplimiento de la obligaciones contractuales siempre que no fuera calificable de grave o muy grave.

- *Art.º 44.3: (Sanciones)* Se dispuso la prescripción de las sanciones (cinco años para las muy graves y las graves y dos para las leves).

- *Art.º 48, 1: (Peritos tasadores de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías)* Se limitó el control a aquellos que ejercieran las funciones de tercer perito, con independencia de su modo de nombramiento.

*E. Modificaciones efectuadas por la Ley de 1 de junio de 1992, de recursos propios y supervisión en base consolidada*²⁰⁹.

Esta Ley, dictada fundamentalmente para las entidades de crédito, modificó los artículos 22 (Control de la administración del Estado), 25 (Margen de solvencia y fondo de garantía), 42 (Medidas cautelares) y 43 (Infracciones administrativas) de la Ley de Seguros de 1984 con la finalidad de adaptar sus disposiciones a los grupos de sociedades que tenían la obligación de consolidar sus estados contables.

4.3.- Periodo desde la Ley de 1995 hasta hoy.

*4.3.1.La Ley Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995*²¹⁰.

A. Génesis, caracteres y novedades de la Ley de Ordenación de 1995

²⁰⁹ Ley 13/1992 de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada. (BOE de 2 de junio de 1992).

²¹⁰ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (BOE de 9 de noviembre de 1995).

a- Breve síntesis de la tramitación de la Ley

La Ley de 1995 tuvo su antecedente inmediato en el “*Proyecto de Ley de modificación de la legislación reguladora de los Seguros Privados*” aprobado por el Gobierno en octubre de 1992, y cuyo Anteproyecto, publicado por el Ministerio de Economía y Hacienda en julio del mismo año, llevaba el largo pero expresivo título de “*Anteproyecto de Ley por el que se completa la incorporación del régimen comunitario de prestación de servicios, se adaptan las directivas de cuentas anuales y la tercera de responsabilidad civil con automóviles, y se perfecciona el control de acceso, exclusión de la actividad y protección del asegurado, en el ámbito de los seguros privados*”. Su principal finalidad era llevar a cabo una reforma de la Ley de 1984 circunscrita a aquellas materias que, exigidas por la normativa comunitaria, no podían ser objeto de más aplazamientos y en la que no se incluían las Terceras Directivas sobre “*autorización administrativa única*” cuya incorporación al Ordenamiento Jurídico español estaba muy próxima²¹¹.

El indicado Proyecto de Ley fue tramitado en el Congreso de los Diputados y enviado al Senado, donde incluso llegó a superar el plazo de presentación de enmiendas, pero la disolución de las Cortes Generales en junio de 1993 produjo el decaimiento de la iniciativa legislativa.

A partir de este momento, y dada la importancia de las modificaciones que había que introducir en el régimen jurídico español del seguro privado, se decidió abordar la redacción de un nuevo texto legal que sustituyera a la Ley de 1984, en lugar de reformar esta última partiendo del Proyecto anterior e incorporándole las Terceras Directivas para los seguros de vida y para los distintos al de vida que regulaban la “*autorización administrativa única*” aplicable en el Espacio Económico Europeo, las cuales, no obstante, debían de estar incorporadas al Ordenamiento Jurídico español antes del 31 de diciembre de 1993 para su entrada en vigor el 1 de julio de 1994²¹².

A mediados de 1993 la Dirección General de Seguros comenzó a trabajar en la confección de un texto de anteproyecto nuevo que, tras las sucesivas aportaciones de los sectores afectados y los oportunos dictámenes de los órganos consultivos (Junta Consultiva de Seguros, Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado y Consejo Económico y Social), desembocó en la aprobación del correspondiente Proyecto de Ley por parte del Consejo de Ministros de 13 de enero de 1995 y que tuvo entrada en el Congreso de los Diputados el 21 de febrero de dicho año.

Tras los preceptivos trámites de presentación de enmiendas el Proyecto fue dictaminado en el Congreso de los Diputados por la Comisión de Economía y Hacienda, que ostentaba competencia legislativa plena, en su reunión del 26 de junio de 1995, por

²¹¹ RENEDO OMAECHEVARRÍA. Manuel. Desarrolló un trabajo muy completo sobre la “*Génesis y tramitación parlamentaria de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*”, en “*Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*”. Editorial MAPFRE, 1977. Pp.29 y 30. (Volumen comprensivo de los estudios realizados en las Jornadas celebradas sobre el tema a principios de febrero de 1996, organizadas por la Sección Española de la AIDA, con el patrocinio de la Fundación MAPFRE Estudios y de UNESPA).

²¹² ALMAJANO PABLOS. Luis M. “*Justificación de la necesidad de la Ley*” en “*Estudios y comentarios...*” Op. cit. p. 4.

el Senado en las reuniones de la Comisión de Economía y Hacienda de 25 de septiembre y del Pleno de 27 de septiembre y por el Pleno del Congreso de los diputados de 5 de octubre de dicho año,²¹³ tramitación extremadamente rápida si tenemos en cuenta que en los meses de julio y agosto no se celebran sesiones parlamentarias.

La tramitación del Proyecto de Ley mereció la crítica de un sector de la doctrina que, por un lado, la estimó extraordinariamente lenta en su fase administrativa, -sin una gran justificación para ello ya que salvo la incorporación del importante tema de la Terceras Directivas y el del sistema indemnizatorio de daños personales el resto era, en líneas generales, igual al anterior Proyecto de 1992-, y por otro lado consideró dicha tramitación excesivamente rápida en la fase parlamentaria²¹⁴, lo que unido a la diversidad y complejidad de los contenidos de la norma propició incurrir en errores y contradicciones a la hora de aprobar las respectivas enmiendas.

b. Caracteres de la nueva Ley

Es una Ley *actualizadora de la normativa vigente*: por una parte para adaptarla a la evolución acelerada que ha experimentado en nuestro país la actividad aseguradora y la de planes y fondos de pensiones cuya dinámica “*es una de las más avanzadas de nuestro sistema financiero*”, según expresa la propia exposición de motivos de la Ley, y por otra parte para acomodarla a la importante y numerosa normativa del Derecho Comunitario Europeo que todavía no había sido incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico.

Es también una Ley *continuadora* de la de 1984²¹⁵, que deroga, en tanto en cuanto reconoce que en ella se mantiene viva y en plena actualidad la esencia de los principios rectores y líneas directrices de la anterior, hasta el punto de recoger en su exposición de motivos los objetivos de ordenación del mercado y las líneas directrices del control administrativo que planteaba la ley de 1984.

Así expresa, en términos idénticos a la anterior, que “*la legislación reguladora del seguro privado constituye una unidad institucional que, integrada por normas de Derecho privado y de Derecho público, se ha caracterizado, en este último ámbito, por su misión tutelar en favor de los asegurados y beneficiarios*” amparados por un contrato de seguro.

Lo anterior no es incompatible con la novedad contenida en la propia denominación de la nueva ley como de “*ordenación y supervisión de los seguros privados*” incluyendo el término “supervisión”, mientras que la de 1984 se denominaba “*de ordenación del seguro privado*”.

²¹³ RENEDO OMAECHEVARRÍA. M. “Estudios y comentarios...”. Op. cit. Pp. 33 a 47.

²¹⁴ ALMAJANO PABLOS. L.M. “Estudios y comentarios...”. Op. cit, p. 5.

²¹⁵ En este sentido se manifiesta LINDE PANIAGUA cuando manifiesta que, en términos generales, si hubiera que comparar la Ley de 1984 y la de 1995, “habría que decir que estamos ante un mismo modelo. Una y otra ofrecen diferencias de grado en una misma escala.”, en “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora”. “Estudios y comentarios...”. Op. cit. p. 50.

Realmente la inclusión del referido término en la denominación de la Ley se debe en mayor medida a un deseo de precisión para que la denominación legal se ajuste a los contenidos de la norma, pero no obedece a que en ella aparezcan por primera vez en la legislación española contenidos que justifiquen tal novedad.

La *incorporación a la Ley de la normativa comunitaria* hace referencia a las Directivas 92/96 de 10 de noviembre²¹⁶, 92/49 de 18 de junio²¹⁷, 90/619 de 8 de

²¹⁶ – Directiva 92/96/CEE, del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (tercera Directiva de seguros de vida).

Su adaptación a nuestro Derecho supone la recepción del concepto de «autorización administrativa única» en seguros de vida. Ello significa que las entidades aseguradoras españolas podrán operar en todo el ámbito del Espacio Económico Europeo en régimen de libre prestación de servicios sometidas, exclusivamente, al control financiero de las autoridades españolas. Lo mismo resulta aplicable a las entidades aseguradoras domiciliadas en cualquier Estado miembro del Espacio Económico Europeo, que podrán operar en el resto de la misma –y, por tanto, también en España– en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios sujetas al control financiero del Estado de origen.

²¹⁷ – Directiva 92/49/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida).

Constituye idéntica innovación que la Directiva anterior, pero referida al seguro directo distinto al seguro de vida.

noviembre²¹⁸, 90/618 de 8 de noviembre²¹⁹, 91/674 de 19 de diciembre²²⁰, 95/26 de 26 de junio²²¹ y 90/232 de 14 de mayo²²².

²¹⁸ – Segunda Directiva 90/619/CEE, del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 79/267/CEE.

Su introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico implica, en lo concerniente al seguro de vida, recoger las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a los contratos de seguro y el derecho del tomador a resolver unilateralmente el contrato. Y –al igual que en la Directiva que a continuación se referirá– exige que deban determinarse las normas aplicables a las sociedades dominadas por entidades sometidas al Derecho de un Estado no miembro de la Unión Europea y a la adquisición de participaciones significativas por parte de tales sociedades dominantes, todo ello en materia de seguros directos de vida.

²¹⁹ – Directiva 90/618/CEE, del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, que modifica, en particular por lo que se refiere al seguro de responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles, las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE, referentes a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida.

La adaptación de esta Directiva exige, por un lado, recoger las normas aplicables a las sociedades dominadas y a la adquisición de participaciones por sociedades dominantes sometidas al Derecho de un Estado no miembro de la Comunidad Económica Europea, antes mencionadas, pero referidas ahora al seguro directo distinto del de vida, y por otro lado requiere ampliar al seguro de responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles del régimen de libertad de prestación de servicios –que estaba expresamente excluido en la Directiva 88/357/CEE– con sus peculiaridades propias, consistentes, sobre todo, en la designación de un representante –que en ningún caso tiene la consideración de sucursal de entidad extranjera– de las entidades aseguradoras que, en este ramo, operen en España en régimen de libre prestación de servicios.

²²⁰ Directiva 91/674/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguro.

Su incorporación a nuestro Derecho clarifica la regulación de la contabilidad de las entidades aseguradoras admitiendo, sin lugar a dudas, la especialidad de algunas normas reguladoras de la ordenación contable de tales entidades exigida por el Derecho Comunitario Europeo.

²²¹ – Directiva 95/26/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio de 1995, por la que se modifican las Directivas 77/780/CEE y 89/646/CEE, relativas a las entidades de crédito, las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE, relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, las Directivas 79/267/CEE y 92/96/CEE, relativas al seguro directo de vida, la Directiva 93/22/CEE, relativa a las empresas de inversión y la Directiva 85/611/CEE sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) con objeto de reforzar la ordenación y supervisión prudencial.

Esta Directiva, en lo concerniente a las entidades aseguradoras, introduce la innovación sustancial del concepto de «vínculos estrechos» como instrumento de ordenación y supervisión, precisa el de domicilio social y el alcance de deber de secreto profesional y, finalmente, concreta la obligación de los auditores de cuentas de colaborar con las autoridades supervisoras.

²²² – Tercera Directiva 90/232/CEE, del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.

Esta Tercera Directiva amplía el sistema obligatorio de cobertura en un seguro muy sensible socialmente, dada la importancia creciente de la circulación de vehículos a motor así como de las responsabilidades derivadas de los accidentes ocasionados con su utilización. De ahí que el régimen de garantías que contiene se pueda sintetizar del siguiente modo: en el ámbito de los daños a las personas, únicamente los sufridos por el conductor quedan excluidos de la cobertura por el seguro obligatorio; la prima única que se satisface en todas las pólizas del seguro obligatorio cubre, en todo el territorio del Espacio Económico Europeo, los límites legales del mismo con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que se ocasiona el siniestro o, incluso, la del estacionamiento del vehículo, cuando estos límites sean superiores; en ningún caso puede condicionarse el pago de la indemnización por el seguro obligatorio a la demostración de que el responsable no puede satisfacerla; y, finalmente, que las personas implicadas en el accidente puedan conocer en el plazo más breve posible la entidad aseguradora que cubre la responsabilidad civil del causante.

La adaptación de dichas Directivas supuso, en síntesis:

-La recepción en nuestro Ordenamiento del concepto de “autorización administrativa única” tanto para los seguros de vida como para los seguros distintos al de vida.

-La introducción de las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a los contratos de seguro sobre la vida, con posibilidad de rescisión unilateral del contrato por parte del tomador.

-La determinación de las normas aplicables a las sociedades dominadas por entidades sometidas al Derecho de un Estado que no sea miembro de la Unión Europea y a la adquisición de participaciones significativas por parte de dichas sociedades dominantes, tanto para el seguro directo de vida como para el de ramos distintos al de vida.

-La ampliación del régimen de libre prestación de servicios al seguro de responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles, que se encontraba excluido de dicho régimen; la incorporación de la normativa europea referente a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas.

-La introducción del novedoso concepto de “vínculos estrechos”, la precisión del concepto de domicilio social, el alcance del deber de secreto profesional, la concreción de la obligación de los auditores de colaborar con las autoridades supervisoras.

-Y, por último, la ampliación del sistema obligatorio de cobertura en el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles.

Otra serie de *modificaciones* son producto no tanto de la incorporación de Directivas Comunitarias sino consecuencia de los criterios de *convergencia establecidos por los países miembros del Espacio Económico Europeo*.

Dichas modificaciones se refieren a:

-Los requisitos de la autorización administrativa de entidades aseguradoras españolas y de la adquisición en las mismas de participaciones significativas.

-Los mecanismos de protección del asegurado que se amplían y perfeccionan

-Los procedimientos administrativos aplicables, regulándose un procedimiento especial cuando se realicen actuaciones de inspección y remitiendo, en la no regulado por la Ley tanto en este caso como para el resto de actuaciones, a lo establecido con carácter general por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

Estos aspectos se incorporan en la Disposición Adicional Octava de la Ley, la cual modificó la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor cuyo Título Primero, regulador de la materia, fue reorganizado íntegramente para que pudiera responder al conjunto de las tres Directivas que han sido adoptadas en este seguro; al tiempo que, con objeto de clarificar su ámbito, se dio a esta última la nueva denominación de Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

También se introducen *modificaciones en los regímenes de revocación de la autorización administrativa, de disolución y liquidación de entidades y de adopción de medidas de control especial.*

Con ello se persigue adecuar al régimen general de las sociedades mercantiles las causas y el procedimiento de revocación y disolución, y el régimen de liquidación de las entidades de seguros; se incorpora a la Ley la regulación de la Comisión Liquidadora de entidades Aseguradoras que pasa a tener un régimen estable con carácter de permanencia; y se precisa la regulación de las medidas cautelares que pasan a denominarse medidas de control especial.

Además la nueva Ley introduce *otro tipo de modificaciones* que afectan a los siguientes temas:

-Régimen de las Mutualidades de Previsión Social, en lo referente, principalmente, al objeto social de este tipo de entidades.

-Régimen de nulidad de los contratos de seguro realizados por entidad no autorizada, con la autorización revocada o transgrediendo los límites de la misma (de “no inscritas” hablaba la Ley de 1984), precisando las consecuencias que depara la nulidad radical que afecta a los contratos realizados en tales circunstancias.

-Se establece un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

-Se reforma y amplía la regulación del interés de demora, aplicable a las aseguradoras, establecido por el artº 20 de la Ley de contrato de seguro, estableciéndose durante los dos primeros años el tipo del interés legal del dinero, incrementado en el cincuenta por ciento, y manteniéndose a partir de ese plazo el tipo del veinte por ciento. También se amplía esta garantía a la falta de pago del importe mínimo que debe satisfacer el asegurador dentro de los cuarenta días siguientes a la notificación del siniestro, y se consideran protegidos por la misma los beneficiarios en el seguro de vida y los perjudicados en el de responsabilidad civil.

Por último la Ley contiene algunas importantes *modificaciones de la legislación sobre Planes y Fondos de Pensiones*, principalmente con el fin de seguir una línea de paralelismo entre la ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras y la aplicable a los planes y fondos de pensiones.

Así se amplía el régimen sancionador a los expertos que emiten los dictámenes actuariales; se introduce un sistema de medidas de control especial; se establecen las causas de disolución de las entidades gestoras y de los fondos de pensiones, así como las de terminación de los planes de pensiones, precisándose cuando pueden ser acordadas administrativamente; se dispone cuando la Administración podrá intervenir la liquidación de una entidad gestora o de un fondo de pensiones y en qué circunstancias podrá revocar la autorización concedida.

También, además de afectar a algunos aspectos sustantivos del régimen de los planes de pensiones, y por aplicación del artº 8 de la Directiva 80/987/CEE de protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, se establece la

obligatoriedad de que los compromisos por pensiones asumidos por las empresas con sus trabajadores sean necesariamente instrumentados mediante contratos de seguro colectivo sobre la vida o mediante planes de pensiones, no admitiéndose garantizar dichos compromisos mediante planes y fondos internos, con la excepción de las entidades de crédito, las entidades aseguradoras y las sociedades y agencias de valores que sí podrán utilizar dicho sistema previa autorización del Ministerio de Economía.

c. Principales novedades de la Ley de 1995

Seguidamente haremos referencia más concreta a las principales novedades establecidas por la Ley:

1ª. La recepción en nuestro Ordenamiento del principio de “*autorización administrativa única*”, válido para todos los países que integran el Espacio Económico Europeo, significó que a partir de la entrada en vigor de la Ley la autorización obtenida en España por las entidades aseguradoras españolas será válida para realizar operaciones en cualquiera de dichos países y, a la inversa, la autorización obtenida en cualquiera de dichos países por entidades domiciliadas en los mismos tendrá validez para operar en España, quedando las entidades sometidas a la supervisión del Órgano de Control del país de origen.

2ª. Las cifras mínimas generales de *capital social* y *fondo mutual*, exigibles a las Sociedades Anónimas y a las Cooperativas a Prima Fija y que son de las que se parte para establecer las situaciones especiales previstas por la Ley, se vieron sensiblemente incrementadas.

Este tema fue uno de los que más caracterizó el debate en el Anteproyecto de 1992 que establecía unos capitales, totalmente desembolsados, de 1.500 millones de pesetas en los ramos de Vida, Responsabilidad civil, Crédito y caución y Reaseguro y de 500 millones en todos los demás ramos, si bien a lo largo de la tramitación se fueron suavizando las citadas exigencias²²³.

Finalmente la Ley de 1995 estableció unas cifras de capital social de 1.500 millones (Vida, Responsabilidad Civil, Crédito y Caución y reaseguro), de 350 millones (Accidentes, Enfermedad –incluida la Asistencia Sanitaria-, Asistencia en Viaje, Defensa Jurídica decesos y Prestación de Servicios) y de 500 millones para los demás ramos, permitiéndose un desembolso mínimo del cincuenta por ciento.

3ª. Otra novedad fue la exigencia de *idoneidad a los socios y personas que ostenten la dirección efectiva* de las entidades aseguradoras.

La idoneidad de los socios se exige cuando estos posean participaciones significativas en la sociedad y, entre otros factores, se tendrá en cuenta para apreciarla la honorabilidad, la cualificación profesional, los medios patrimoniales, etc., de los socios.

Por lo que se refiere a la idoneidad de quienes lleven la dirección efectiva de las entidades si bien ya la ley de 1984 estableció una serie de requisitos para los administradores y gerentes de entidades de seguros, ahora se exige la “reconocida

²²³ Vid. al respecto RENEDO OMAECHEVARRÍA, M. “Génesis y tramitación...”. Op. cit. pp. 29 y 30.

honorabilidad” y la cualificación profesional, al tiempo que se amplían y precisan las situaciones que provocan la imposibilidad de ostentar dichos cargos.

4ª. También el tan importante apartado de las *provisiones técnicas* contiene novedades en la nueva Ley.

Así la Ley reconoce como tales las *Provisiones de seguros de vida, de primas no consumidas, de riesgos en curso, de prestaciones, de estabilización, de participación de los asegurados en los beneficios* y aquellas *otras* que, con arreglo al Reglamento de desarrollo de la Ley, sean *necesarias para cumplir la finalidad de suficiencia* para el conjunto de las actividades.

Las principales novedades, en síntesis, han consistido en el cambio de nombre de la antigua provisión para riesgos en curso, que pasa a denominarse “de primas no consumidas”; en la creación de una nueva provisión “de riesgos en curso” complementaria de la anterior y destinada a compensar las situaciones deficitarias provocadas por la aplicación de primas insuficientes; en recuperar la denominación de provisiones “de estabilización” para las “de desviación de siniestralidad”

No obstante, al igual que ocurre con la regulación del margen de solvencia, la Ley solo establece las normas fundamentales que deben regir este importante aspecto de la solvencia de las entidades aseguradoras y deja para el Reglamento la fijación de los métodos y procedimientos de cálculo de las provisiones, la creación de otras provisiones técnicas, la determinación de los bienes de activo aptos para la inversión de las provisiones así como las condiciones de los mismos y los límites para su admisión. De todo ello trataremos más adelante.

5ª. También la Ley incorpora novedades en el régimen de *contabilidad y deber de consolidación*, estableciendo claramente el principio de especialidad según el cual la contabilidad de las entidades aseguradoras y la formulación de las cuentas de los grupos consolidables se regirán por sus normas específicas y, de forma subsidiaria, por el Código de comercio, el Plan General de Contabilidad y demás disposiciones de general aplicación, quedando para desarrollo reglamentario la regulación de todos los aspectos relativos a los requisitos contables.

Así mismo se establece la obligatoriedad de consolidar estados contables para el cálculo del margen de solvencia en el caso de entidades que formen una unidad de decisión con otras entidades aseguradoras o financieras, y se regulan los grupos consolidables.

6ª. Por lo que se refiere a las normas sobre *disolución y liquidación* de entidades aseguradoras lo más destacable de la reforma consistió, principalmente, en recoger en la Ley solo aquellas causas y situaciones específicamente aplicables a las entidades aseguradoras, remitiendo en el resto a lo establecido con carácter general por la Ley de Sociedades Anónimas, excepción hecha de las normas referentes a nombramiento de interventores e intervención pública en la liquidación y de que en el supuesto de disolución de entidades cooperativas se aplicará su legislación específica.

7ª. Así mismo se incorporó a la Ley el estatuto legal de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras a la cual se le dio carácter permanente.

-En lo tocante a las *medidas de control especial* las novedades a destacar, en síntesis, se refieren: en cuanto a las situaciones que las pueden provocar, a que se redujo del veinte al quince por ciento el defecto de cálculo en la provisión para prestaciones y se da autonomía a la situación de que el margen de solvencia no alcance el fondo de garantía mínimo; se establece la posibilidad de aplicar las medidas a las entidades dominantes de grupos consolidables y a las propias entidades aseguradoras que formen parte de los grupos cuando estos se encuentren en alguna de las situaciones que pueden dar lugar a tales medidas; y se explicitó como posible medida la de prohibir la prórroga de los contratos, que con el texto de la anterior Ley debía interpretarse subsumida en la de suspender la “contratación de nuevos seguros”.

8ª. También en el apartado de *sanciones* se registran modificaciones.

Así, por un lado, se produce un importante incremento en la cuantía de las sanciones de multa, tanto las referentes a las entidades como las que pudieran afectar a los administradores. Para estos, en caso de infracciones graves, se aumentó, además, el periodo de suspensión temporal para ejercer el cargo que pasó de un máximo de tres años a un mínimo de un año y un máximo de cinco.

Por otro lado aparecen nuevas sanciones tales como, en las aplicables a las entidades, la suspensión de la autorización para operar en uno o más ramos por un plazo no superior a diez o cinco años, según se trate respectivamente de infracciones muy graves o graves, o la de dar publicidad a la conducta infractora, en el caso de infracción muy grave y, en cuanto a los administradores, la de suspensión temporal de hasta un año para el ejercicio del cargo por infracciones graves.

9ª. Otras de las novedades de la Ley se producen en el capítulo dedicado a la *protección del asegurado* en el cual, fundamentalmente, hay que destacar:

-El reconocimiento del *deber de información al tomador* por parte del asegurador tanto antes de realizar el contrato (legislación aplicable y Estado miembro y Autoridad a quienes corresponde el control) y durante la duración del contrato, en los seguros de vida (modificaciones en la información inicial y, anualmente, sobre el estado de su participación en beneficios).

-La supresión de las Comisiones de Conciliación, que nunca llegaron a constituirse, y la regulación de la figura del *Defensor del Asegurado* al cual, si bien tiene carácter potestativo para las entidades, la Ley le dota de una serie de requisitos de obligado cumplimiento en caso de que exista.

10ª. Otra materia que ha sufrido cambios respecto a la regulación anterior ha sido el régimen de las *mutualidades de previsión social* en el cual cabe señalar las siguientes novedades:

- Se elimina de la denominación de las entidades el término “montepío”
- Se modifica el “concepto” legal de dichas entidades.
- Se reconoce expresamente la posibilidad de que existan mutualidades de empresa-

-Se permite que, mediante sendas autorizaciones complementarias, este tipo de mutualidades puedan otorgar prestaciones sociales o ampliar prestaciones por encima de los límites cualitativos y cuantitativos marcados inicialmente por la Ley, exigiéndoseles en este último caso las mismas garantías financieras que a las mutuas a prima fija.

11ª. Como quedó indicado anteriormente al comentar los caracteres de la Ley esta introduce también otras importantes modificaciones en leyes que afectan al sector tales como la de Contrato de Seguro, la de Mediación en Seguros Privados, la de Planes y Fondos de pensiones, la de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, el Estatuto legal del consorcio de compensación de seguros, la de Seguros agrarios combinados, la Ley general de la seguridad social (en su D.A. 11ª) y la del Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

B. Modificaciones introducidas en la Ley de 1995

Esta Ley fue objeto de modificaciones al poco tiempo de su publicación debido, en opinión de algún sector de la doctrina, a los errores cometidos en su larga tramitación como consecuencia de la complejidad y heterogeneidad de las materias reguladas por la misma.²²⁴ También con posterioridad ha sufrido alguna modificación para actualizar y precisar su contenido.

Las normas que introdujeron las citadas modificaciones son las siguientes:

a. Ley sobre el Impuesto de sociedades, de 27 de diciembre de 1995²²⁵

Su Disposición Adicional 13ª modificó la D.A. 7ª de la Ley de Ordenación, la cual afectaba a la Ley de mediación, en el sentido de eliminar en el artº 15.3,a) de esta última la prohibición que la ley de Ordenación había establecido para que las entidades de crédito pudieran tener vínculos estrechos o participaciones significativas en las sociedades de Correduría de Seguros.

Esta misma Ley modificó en su D.A. 14ª el artº 71 de la Ley del Impuesto sobre la Renta e las Personas Físicas, en el sentido de incrementar a un millón de pesetas el límite máximo de deducción aplicable por aportaciones a planes de pensiones, artículo que había sufrido una nueva redacción por la D.A. 13ª de la Ley de Ordenación, en la cual el citado límite se había establecido en 750 000 pesetas.

b. Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 30 diciembre de 1996²²⁶

Esta Ley efectuó cuatro modificaciones:

Por un lado dio nueva redacción al nº 2 del artº 13 de la Ley de Ordenación, que regula los capitales y fondos mutuales, en el sentido de aclarar que las cifras mínimas

²²⁴ Vid. RENEDO OMAECHEVARRÍA.M. en “Génesis y tramitación...” Op.cit. pp. 47 y 48.

²²⁵ Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades. (BOE de 28 de diciembre de 1995)

²²⁶ Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. (BOE de 31 de diciembre de 1996.

exigibles a las mutuas a prima fija son las señaladas como capital desembolsado para las sociedades anónimas (50% del suscrito), volviendo así a la misma situación de trato existente en la Ley de Ordenación de 1984, que había quedado alterada en el texto definitivo de la Ley cuya redacción obligaba a dichas sociedades mutuas a disponer de unas cifras mínimas de fondo mutual equivalentes a las del capital suscrito de las sociedades anónimas

Por otro lado se modificó también la *Disposición Transitoria 3ª, letra b)*, de la Ley de Ordenación, referente a los desembolsos de los capitales anteriores exigibles a 31 de diciembre de 1993, en el sentido de, con excepción del ramo de vida, ampliar el plazo de desembolso un año más para las sociedades anónimas.

Igualmente recibió una nueva redacción la *letra c)* de la indicada *D.T. 3ª*, adaptando a los plazos antes referidos la incorporación a capital social de las “reservas afectas” constituidas al amparo de la legislación anterior.

También se modificaron los párrafos primero y segundo de la *letra d)* de la citada *D.T. 3ª* para acomodarlos a las exigencias de fondo mutual desembolsado aclarado por la modificación introducida en el artº 13 de la Ley.

Curiosamente estas últimas modificaciones habían sido presentadas el 12 de diciembre de 1995 al Congreso de los Diputados, tan solo unos días después de la aprobación de la Ley, mediante una Proposición de Ley del Grupo Popular que no llegó a tramitarse a causa de la disolución de las Cámaras²²⁷.

*c. Ley de Medidas fiscales, administrativas y del orden social de 29 de diciembre de 2000*²²⁸

Esta Ley en su capítulo III dedicado a la “acción administrativa en materia de seguros”, modificó en su artº 70 los *artículos 62* (protección administrativa) y *63* (defensor del asegurado) de la Ley de Ordenación en el sentido de exigir que para la presentación de reclamaciones ante la Dirección General de Seguros previamente se haya formulado la misma ante la Entidad correspondiente (al Defensor del Asegurado, si existe, al Departamento de Atención al Asegurado, si lo hubiere, o a los Departamentos Centrales). El plazo para resolver por parte de las entidades no podrá exceder de seis meses, cualquiera que sea el modo de resolución de las reclamaciones. También se incorpora a la Ley la figura del Departamento o Servicio de atención al asegurado cuya creación deberá ser comunicada a la Dirección General de Seguros.

*d. Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, de 22 de noviembre de 2002*²²⁹

Esta Ley que ha introducido diversas novedades en el régimen jurídico del Sistema Financiero, ha modificado varias leyes estando entre las más afectadas la Ley

²²⁷ Vid. RENEDO OMAECHEVARRÍA.M. “Génesis y tramitación...”. Op. cit. p.48.

²²⁸ Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. (BOE de 30 de diciembre de 2000).

²²⁹ Ley 44/2002, de 23 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE de 22 de noviembre de 2002).

24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores; la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados²³⁰, hasta el punto de que por lo que se refiere a dichas leyes la Disposición Final Cuarta de la Ley comentada autoriza al Gobierno para que, en el plazo de un año, elabore los correspondientes textos refundidos.

En lo que afecta a la Ley de Ordenación las modificaciones principales corresponden a los siguientes puntos: A) incorporación de las Directivas 2000/26/CE de 16 de mayo (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil de la circulación de vehículos automóviles) y la 2000/64/CE de 7 de noviembre, modificadora de varias Directivas anteriores, relativa al intercambio de información con los supervisores de terceros países, con las debidas garantías de confidencialidad (se añade un nº 5 al artº 75 de la Ley); B) supresión de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras y traspaso de todas sus funciones, patrimonio y personal al Consorcio de Compensación de Seguros; C) creación del “Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones”, adscrito a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, al cual se adscribirá el servicio de reclamaciones de dicha Dirección General; y D) actualización de las sanciones.

4.3.2. El Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 20 de noviembre de 1998²³¹

A. Fines generales

El *primer fin* es el de completar la recepción de la normativa comunitaria, no finalizada con la Ley de Ordenación que si bien incorpora aspectos esenciales y necesarios al Ordenamiento Jurídico español, no puede estimarse que complete la necesidad de armonización de nuestro Derecho en materia de seguros privados, siendo el Reglamento el que, en gran medida, incorpora al ordenamiento jurídico interno el derecho derivado comunitario.

²³⁰ Otras leyes modificadas por la citada Ley 44/2002 son: 1) la Ley sobre régimen Fiscal de las cooperativas de 1990; 2) la Ley General Presupuestaria de 1988; 3) la Ley de Autonomía del Banco de España de 1994; 4) la Ley de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros; 5) la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor; 6) el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros de 1990; 7) la Ley de Contrato de Seguro de 1980; 8) la Ley de coeficientes de Inversión, recursos Propios y Obligaciones de Información de la Intermediarios Financieros de 1985; 9) la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 1984; 10) la Ley de contratos de las Administraciones Públicas de 2000; 11) la Ley 3/1994 por la que se adapta a la legislación española la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria; 12) la Ley de las Entidades de Capital Riesgo y sus Sociedades Gestoras de 1999; 13) la Ley del Impuesto sobre Sociedades; 14) la Ley 13/1996, de Medidas fiscales, administrativa y del orden social; 15) la ley de Auditoría de Cuentas de 1988; 16) la Ley de Planes y Fondos de Pensiones de 1987; 17) la Ley de sociedades anónimas de 1989; 18) la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995; y 19) la Ley de Medidas de Prevención del Blanqueo de capitales de 1993

²³¹ Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

En este sentido el Reglamento recoge la *Directiva 92/49/CEE*, del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida; la *Directiva 92/96/CEE*, del Consejo, de 10 de noviembre, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de vida; algunos aspectos pendientes de transposición de la *Directiva 91/674/CEE*, del Consejo, de 19 de diciembre, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros, y de la *Directiva 91/371/CEE*, del Consejo, de 20 de junio, referente a la aplicación del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza, relativo al seguro directo distinto del seguro de vida.

El *segundo fin*, necesario y lógico en todo Reglamento, es el de desarrollar la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados en aquellos aspectos o materias que dicha Ley así lo exige y autoriza, algunas de las cuales revisten crucial importancia como lo es el desarrollo normativo de las provisiones técnicas y el margen de solvencia, temas a los que la ley dedica un único artículo en cada caso, señalando los principios básicos de estos dos importantísimos instrumentos para la solvencia de las entidades aseguradoras.

Así el Reglamento se limita, por un lado, a desarrollar y completar los contenidos de la Ley que hacen específica referencia a la ordenación y supervisión de los seguros privado, sin hacer mención, en consecuencia, a otras importantes áreas que afectan al régimen jurídico del seguro privado a las que la Ley de 1995, según se trató anteriormente, prestó especial dedicación para su actualización y reforma, hasta el punto de que las Disposiciones Adicionales 6ª a 13ª de la misma, en las que se recogen dichas reformas, tienen una extensión equivalente a algo más de la mitad del texto articulado.

Por otro lado el Reglamento se complementa y coordina con otras importantes parcelas de la ordenación del seguro como es la regulación del Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras publicado con anterioridad por Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre.

B. Continuidad básica del modelo de supervisión

El Reglamento se declara continuador de los principios de autonomía y responsabilidad recogidos tanto en la anterior Ley de 1984, como en su Reglamento de 1985, que supusieron, como anteriormente se indicó, un cambio total en el modelo de control que se venía practicando hasta la publicación de dicha Ley.

Ello implica que el empresario de seguros, dentro de las reglas de juego marcadas, está facultado, en la forma y manera que considere más oportuno, para ordenar los medios humanos y materiales en la gestión y administración del negocio asegurador y, en consecuencia, las entidades aseguradoras deben ser plenamente responsables del mismo y de los que colaboran con él en su explotación, y todo ello dentro de la triple finalidad de garantizar la solvencia de las entidades aseguradoras, la protección y defensa de los tomadores, asegurados y beneficiarios, y el fomento y desarrollo del Sector

C. Criterios de elaboración

El Reglamento se redactó siguiendo tres criterios de técnica legislativa:

-Por un lado se ciñó a desarrollar aquellos preceptos de la ley que así lo requerían, sin repetir en su texto, salvo escasas excepciones, preceptos que ya estuvieran publicados.

Con esta técnica se aparta de la seguida en su día por el anterior Reglamento de 1985 que optó por la de transcribir íntegramente los artículos de la Ley de 1984 y proceder en cada una de ellos a su desarrollo reglamentario.

-Por otra parte lo anterior obligaba a utilizar, para facilitar su consulta, una gran sintonía entre la sistemática del Reglamento y la de la Ley, siguiendo en la medida de lo posible la estructura de esta.

-Por último, la norma reglamentaria sigue las mismas pautas que la Ley a la hora de remitir a la legislación mercantil general en todas aquellas materias que no son específicas de la actividad aseguradora.

D. Síntesis de su contenido

Con independencia de la gran importancia que en sí tiene el texto reglamentario en su conjunto, y con objeto de no incurrir en repeticiones, ya que más adelante se expone la estructura de la norma y que los distintos contenidos de su regulación serán tratados en los próximos capítulos, seguidamente señalaremos aquellas materias cuyo desarrollo reglamentario pueden considerarse más relevantes en el mecanismo de ordenación del seguro privado.

Dichas materias hacen referencia al régimen del *programa de actividades, provisiones técnicas y margen de solvencia, contabilidad y consolidación, operaciones societarias, documentación técnica y contractual, protección del asegurado, control interno de las entidades, régimen y procedimiento de la inspección de seguros y registros administrativos.*

El *programa de actividades* es uno de los requisitos fundamentales exigidos para el acceso a la actividad.

Se trata, realmente, de que la entidad presente su proyecto empresarial en el cual deberá hacerse constar, entre otros extremos, información referente a los objetivos sociales, organización funcional y operativa, sistemas de distribución, medios financieros para atender a los gastos de instalación, política de reaseguro, así como un plan trienal en el que se reflejen la previsión de gastos e ingresos, la situación probable de tesorería y la previsión de recursos financieros para atender la cobertura de las provisiones técnicas y el margen de solvencia.

El ámbito de las *provisiones técnicas* y del *margen de solvencia*, por su importancia y carácter decisivo para la estabilidad económico financiera de las entidades, es probablemente una de los desarrollos reglamentarios de mayor calado y envergadura, al que se dedican 34 de los 140 artículos del Reglamento, máxime cuando

la Ley dedica a cada una de dichas materias un único artículo y es el Reglamento el que realmente incorpora al Derecho español las normas emanadas de la Unión Europea contenidas en la Directiva 91/674/CEE, (relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros), especialmente las dedicadas a las provisiones técnicas, ya que el margen de solvencia, salvo algunas modificaciones en los elementos integrantes del patrimonio propio y la importante innovación de exigir su cálculo en los grupos consolidables de entidades, no contiene cambios de significación en su regulación respecto a la existente con anterioridad.

La importancia del desarrollo reglamentario de las provisiones técnicas, cuya regulación legal contenía provisiones de nuevo concepto como la de riesgos en curso, que no existían en nuestro Ordenamiento, se comprueba cuando la propia Ley, en su Disposición Transitoria 6ª, dispone que hasta tanto entrara en vigor el Reglamento “*la enumeración, el concepto, el cálculo, la cobertura y el régimen fiscal de las provisiones técnicas se regirán por lo dispuesto en los artículos 55 y siguientes*” del Reglamento de Ordenación de 1985.

Así, se establecen las normas para la cobertura de las provisiones técnicas y los requisitos de los activos aptos para su inversión, se regulan los distintos métodos de cálculo de las mismas.

También, de acuerdo con la autorización legal, se establecen algunas provisiones técnicas no explicitadas por la Ley, tales como las de *gastos internos de liquidación de siniestros*, de *prestaciones en riesgos de manifestación diferida*, del *seguro de decesos*, del *seguro de enfermedad* y de *desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo*.

En materia de *contabilidad y consolidación*, y con independencia de la declaración de que la contabilidad se llevará según lo dispuesto en el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras de 26 de diciembre de 1997, el Reglamento establece una serie de disposiciones regulando los *libros y registros contables* que necesariamente han de llevar las entidades de seguros, y las principales *obligaciones contables* de las entidades referentes a la llevanza y conservación de los libros y registros con sus documentos y justificantes.

Especial atención merecen en este aspecto tanto la obligación relativa a la *formalización trimestral de balance*, cuentas de resultados técnicas y no técnicas, estado de cobertura de provisiones técnicas y estado del margen de solvencia como la *obligación de informar* a la Dirección General de Seguros remitiendo anualmente las cuentas anuales, el informe de gestión, la información estadístico contable prevista al efecto, y, en su caso, el informe general y complementario de auditoría, y todo ello tanto de forma individual como consolidada, cuando proceda. Obligación de información que, para la información estadístico-contable, será semestral en las entidades que formen parte de grupos consolidables y trimestral en aquellos casos que así lo establece el Reglamento, teniendo en cuenta que en este último supuesto las entidades no afectadas por la obligación de informar trimestralmente deberán remitir con igual periodicidad el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y los estados de cobertura de provisiones técnicas y margen de solvencia.

Así mismo el reglamento, en materia de *grupos consolidables* establece qué clase de entidades deberán formar parte de tales grupos, aclara cuando la actividad principal de una entidad consiste en tener participaciones en entidades aseguradoras o reaseguradoras, define las “sociedades multigrupo” y las “sociedades asociadas” y regula el contenido de los deberes que afectan a la persona o entidad obligada al deber de consolidación.

En materia de *auditoría* extiende dicha obligación a las entidades en que exista alguna de las circunstancias que obligan a presentar trimestralmente la documentación estadístico-contable y precisa las circunstancias en que se podrá entender que existe una *influencia notable* en la gestión de las entidades que puede tener la consideración de participación significativa.

También en las figuras de lo que suele denominarse como “*operaciones societarias*” el Reglamento aporta un desarrollo sustantivo en los requisitos documentales y de procedimiento relativo a las figuras de *cesión de cartera, transformación, fusión y escisión* de entidades aseguradoras, operaciones que si bien todas ellas revisten especialísima relevancia jurídica en los procesos económico empresariales de integración o división de entidades, son principalmente la fusión, como instrumento mercantil de aplicación universal, y la cesión de cartera, como instrumento específico y exclusivo del sector asegurador, los que suelen ser de habitual aplicación en los procesos mencionados, en los que habitualmente, y en especial en la cesión de cartera, el traspaso en bloque de los contratos de seguro lleva inherente el del conjunto de derechos, obligaciones y elementos patrimoniales que los mismos representan.

De acuerdo con lo comentado anteriormente, al regular estas operaciones el texto del Reglamento solo incide en aquellas peculiaridades que diferencian a la actividad aseguradora de otras actividades económicas.

En lo que se refiere a la *documentación técnica y contractual* que las entidades deben utilizar como soporte de sus operaciones, merece ser destacada la regulación reglamentaria de las bases técnicas y tarifas.

Especialmente las bases técnicas, que constituyen el fundamento legal y técnico de las tarifas, son instrumentos imprescindibles para establecer los parámetros estadísticos y de análisis de los riesgos que deben aplicarse para el cálculo correcto de las primas, las cuales, a su vez, deben estar basadas en los principios de indivisibilidad, invariabilidad, suficiencia y equidad.

El Reglamento establece tanto las normas generales aplicables a las bases técnicas como las particularidades propias de los ramos de decesos, enfermedad y vida. En este último se establecen, además, los criterios para fijar los tipos de interés aplicables a las provisiones técnicas de dicho ramo, al propio tiempo que se reconoce la posibilidad de que el tipo de interés utilizado para el cálculo de las primas pueda no coincidir con el de las provisiones técnicas, si bien cuando aquel sea superior a este su uso no podrá tener carácter permanente ni sistemático.

Los aspectos referentes a la *protección del asegurado* merecen también consideración.

En este sentido el Reglamento desarrolla las normas generales sobre el *deber de información al tomador* y establece las de particular aplicación a los seguros sobre la vida y a los seguros colectivos.

También, en el ámbito de la *protección administrativa*, regula aspectos del procedimiento a seguir en las reclamaciones presentadas ante la Dirección General de Seguros, así como otros relativos a la figura *del Defensor del Asegurado* tales como la reserva exclusiva de dicha calificación a favor de las Entidades y expertos reconocidos al efecto por la Ley de Ordenación y las normas de procedimiento para la comunicación de su existencia a la Dirección General de Seguros.

Merece así mismo ser destacado el desarrollo que se efectúa de la *obligación de control interno*, exigiéndose a las entidades que posean procedimientos de control interno adecuados para poder informar suficientemente a la dirección de las mismas sobre el funcionamiento de las distintas áreas de la gestión empresarial, exigencia que alcanza una especial precisión y profundidad normativas en el caso de que las entidades utilicen instrumentos derivados.

Tampoco podemos dejar de referirnos al régimen reglamentario de las actuaciones llevadas a cabo por *la inspección de seguros*, a cuyos efectos se establecen las normas a que debe atenerse la iniciación desarrollo y terminación del *procedimiento administrativo de supervisión por inspección*, al propio tiempo que se delimitan las situaciones en que cabe apreciar la existencia de *excusa, negativa o resistencia a la inspección* y se disponen los requisitos para *la formalización de las actas de inspección*.

Para finalizar, debemos hacer mención a la regulación de los *registros administrativos especiales* establecidos por la Ley.

Estos son fundamentales para garantizar el principio legal de publicidad sobre la información básica referida a los sujetos y actos relativos a los mismos que constituyen el objeto de dichos registros administrativos. Para hacer eficaz tal principio legal el Reglamento establece con minuciosidad tanto los actos inscribibles como las normas y requerimientos documentales necesarios para llevar a cabo dicha inscripción, así como el régimen de inscripción de las medidas de control especial y el de cancelación de la inscripción de sanciones.

E. Desarrollo y modificaciones del Reglamento

En primer lugar debemos citar *la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1998* por la que se desarrollan determinados preceptos de la normativa reguladora de los seguros privados y se establecen las obligaciones de información como consecuencia de la introducción del euro.

Dicha orden, en síntesis, se refiere a las siguientes materias:

-Establece los cuestionarios a cumplimentar y firmar por los socios que ostenten una participación significativa y por quienes lleven la dirección efectiva de las entidades.

-Regula los criterios de adecuación de las inversiones asignadas a determinadas operaciones de seguro de vida, desarrollando así la habilitación prevista por el Reglamento para que las entidades, cuando hayan realizado dicha asignación de inversiones, puedan calcular el tipo de interés de la provisión técnica de seguros de vida en función de la tasa interna de rentabilidad de tales inversiones, apartándose así del criterio general marcado por aquel.

-Desarrolla la tipología de “instrumentos derivados” admisibles para la inversión, concreta los límites de dispersión de los mismos y los requisitos para operar con dichos instrumentos cuando sean negociados en mercados no regulados.

-También se establece el concepto de “siniestralidad, se aprueban los modelos de la documentación estadístico-contable anual, trimestral y consolidada y se obliga a que la información que las entidades gestoras de fondos de pensiones deben proporcionar a los partícipes y beneficiarios se realice en pesetas y en euros, cuando aquellas hayan adoptado el euro como unidad de cuenta.

En segundo lugar el *Real Decreto 996/2000, de 2 junio*²³² modifica determinados preceptos del Reglamento para adaptarlos a la Directiva 98/78/CE de 27 de octubre referente la supervisión adicional de las entidades de seguros que formen parte de un grupo de sociedades.

Los preceptos modificados son los siguientes:

-*Artº. 1.2: (Ámbito objetivo)* Se incluye el concepto de “Entidad aseguradora domiciliada en un tercer país”.

-*Artº. 57.1: (Obligaciones de las entidades aseguradoras en caso de déficit en la cobertura de las provisiones técnicas)* Impone a los administradores de una entidad obligada a consolidar las mismas obligaciones que a los de entidades no consolidables, en caso de déficit en la cobertura consolidada de las provisiones técnicas.

-*Artº. 58: (Obligación de disponer del margen de solvencia)*

Se establecen las normas aplicables a las entidades domiciliadas en terceros países.

Se dispone que las reaseguradoras puras, sean dominantes o dependientes, y las sociedades tenedoras de acciones de entidades aseguradoras se incluyan en el grupo

²³² Real Decreto 996/2000, de 2 de junio, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y del plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y normas para la formulación de las cuentas de los grupos de entidades aseguradoras, aprobado por Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre, para adaptarlos a la Directiva 98/78/CE, de 27 de octubre, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros, (BOE de 14 de junio).

consolidable y, a efectos de determinar el patrimonio propio no comprometido del grupo, se regulan las reglas a seguir para determinar la cuantía mínima del margen de solvencia imputable a dichas entidades.

Se mantiene que a las reaseguradoras puras, con la salvedad del supuesto antes indicado, no les sean de aplicación las normas de este artículo y se incluye en dicha excepción a los grupos consolidables formados únicamente por sociedades de esta clase.

Se impone a los administradores de una entidad obligada a consolidar las mismas obligaciones que a los de entidades no consolidables, en caso de déficit en el margen de solvencia consolidado.

-Artº. 60.1: (Patrimonio propio no comprometido de los grupos consolidables de entidades aseguradoras) Se establece que los beneficios futuros del ramo de vida de las sociedades dependientes solo podrán admitirse con el límite que sea computable en el margen de solvencia individual de dichas sociedades.

-Artº. 67: (Grupo consolidable de entidades aseguradoras) Se determina que existe relación de control cuando exista una participación igual o superior al 20% del capital o de los derechos de voto, salvo declaración responsable en contrario que exprese las circunstancias que justifiquen tal salvedad.

-Artº. 110: (Control interno de las entidades aseguradoras) Se obliga a que los grupos consolidables, a través de las entidades que lo componen, establezcan los procedimientos de control interno necesarios para garantizar la información precisa para elaborar las cuentas consolidadas, incluidos los estados de cobertura de las provisiones técnicas y de margen de solvencia.

-Disposición adicional octava: Se añade esta nueva disposición sobre autorización a la Dirección General de Seguros para la celebración de acuerdos con otras autoridades de supervisión de la Unión Europea, relativos al ejercicio de la supervisión adicional en base consolidada, en aquellos supuestos en que una sociedad domiciliada en España y una o varias sociedades aseguradoras domiciliadas en otros Estados de la Unión Europea tengan como sociedad dominante del grupo la misma aseguradora, reaseguradora o tenedora de acciones domiciliada en cualquier otro país de la Unión Europea o a la misma aseguradora de un tercer país-

-Artº. 120: (Junta Consultiva de Seguros) Se incluye un vocal en representación del Consejo General de las Cámaras de comercio, Industria y Navegación de España.

4.3.3. El Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras de 26 de diciembre de 1997²³³

El vigente Plan de Contabilidad del Sector viene a sustituir al establecido por Orden Ministerial de 30 de julio de 1981²³⁴ por la que se llevó a cabo la adaptación

²³³ Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y normas para la formulación de las cuentas de los grupos de entidades aseguradoras.

sectorial del primer Plan General de Contabilidad entonces vigente que había sido aprobado por Decreto de 23 de febrero de 1973.

Como ya quedó indicado anteriormente el Plan de 1981, desde la perspectiva de la recepción del Derecho Comunitario de Seguros, tuvo dos notas características:

Por un lado, fue redactado teniendo en cuenta no solo las exigencias del Plan General de 1973, sino también las recomendaciones efectuadas en el Proyecto presentado por la Comisión designada en su día por el Grupo de Estudios de Expertos Contables de la CEE para adaptar la contabilidad del Sector a las disposiciones de la Cuarta Directiva 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, la cual inicialmente había excluido de su aplicación a las sociedades de seguros dejando esta materia para una posterior coordinación mediante la correspondiente Directiva.

Por otro, el referido Plan de 1981 fue, en el sector asegurador, la primera norma que con carácter plenamente dispositivo comenzó a aplicarse en nuestro país teniendo en cuenta las recomendaciones comunitarias. Y ello es así si consideramos que dicho Plan Contable, en virtud de la O.M. de 13 de abril de 1982, entró en vigor obligatoriamente a partir del 1 de enero de 1983 y que el Margen de Solvencia, - también procedente de la normativa comunitaria-, tuvo carácter experimental en su primera regulación por Decreto de 2 de marzo de 1978 y fue incorporado con carácter obligatorio por el R.D. de 15 de octubre de 1982 que lo declaró de necesaria justificación en los balances a 31 de diciembre de 1983.

Con posterioridad a la citada Directiva de 1978 se dictó la Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas, que también dejó pendiente de un desarrollo específico su adaptación a las entidades de seguros.

Con ello, en el ámbito del Derecho Comunitario, se llega a la *Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las cuentas anuales y cuentas consolidadas de las empresas de seguros*, presentada por la Comisión al Consejo el 21 de enero de 1987, que dio lugar a la publicación de la Directiva del mismo nombre 91/674/CEE de 19 de diciembre, cuya incorporación al Ordenamiento español era obligada, y que fue dictada para tomar en consideración las particularidades sectoriales de las empresas de seguros sin implicar por ello su disociación de lo establecido con carácter general por las precitadas Directivas de 1978 y 1983.

Así mismo la evolución registrada en el Derecho de Sociedades Europeo, que se dejó sentir en la importantísima reforma de la legislación mercantil española iniciada en el año 1989, obligó, con el tiempo, a la revisión de la normativa sobre planificación contable aseguradora.

Así, siguiendo a un sector de la doctrina, podemos considerar que “cuando se aprueba la modificación del Código de Comercio por Ley 19/1989, de 25 de julio, y

²³⁴ Orden Ministerial de 30 de julio de 1981, por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Entidades de Seguros, Reaseguros y Capitalización. (BOE de 11 de septiembre).

posteriormente por Real Decreto 1564/1989, 22 de diciembre, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y finalmente por R.D. 1643/1990, de 20 de diciembre, el Plan General de Contabilidad, surge la duda de hasta qué punto esas modificaciones no afectaban a la normativa contable aplicable a las entidades aseguradoras y que fundamentalmente se contenían en el Reglamento de Ordenación del Seguro Privado de 1 de agosto de 1985 y en la Orden de 1981 anteriormente citada, llegándose a la conclusión de que realmente ese marco contable, aunque específico para las entidades aseguradoras, resultaba afectado, al menos en aquellas materias o aspectos que se consideraban generales a cualquier empresa y no propios de las entidades aseguradoras²³⁵.

Ello supuso la publicación de la Orden Ministerial de 24 de abril de 1991, sobre aplicación en el tiempo del Plan General de Contabilidad a las entidades aseguradoras, que declaró aplicable a estas las normas contenidas en aquel sobre principios contables, sobre elaboración de cuentas anuales (excepto el cuadro de financiación) y sobre criterios de valoración, con lo cual la regulación de las disposiciones contables aplicables al sector asegurador quedaban un tanto diseminadas ya que coexistían el Plan Contable del Sector de 1981, las disposiciones contables contenidas en el Reglamento de ordenación de 1985 y la indicada Orden de 1991 que remitía, en parte, a lo dispuesto por el Plan General.

La situación planteada y, sobre todo, la publicación de la referida Directiva de diciembre de 1991 hizo necesario abordar la revisión y actualización de la normativa sobre planificación contable aplicable a las entidades de seguros. A tales efectos se creó un Grupo de Trabajo de expertos procedentes de la Dirección General de Seguros, de las entidades aseguradoras a través de UNESPA (organización patronal del sector), de las mutualidades de previsión social a través de su Confederación Nacional, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y algunos profesionales de reconocido prestigio.

El trabajo se realizó teniendo en cuenta los requerimientos planteados tanto por la indicada Directiva de 1991 como por el Plan General de contabilidad de 1990, siguiendo las recomendaciones de aquella en el sentido de que, salvo las especialidades propias del sector, no se produjera una disociación con lo previsto con carácter general por la legislación mercantil.

Seguidamente la Ley de Ordenación de 1995, que incorporó al Ordenamiento español la citada Directiva de 1991, estableció en su artº 2º que la contabilidad de las entidades aseguradoras y la formulación de las cuentas de los grupos consolidables “*se regirán por sus normas específicas y, en su defecto, por las establecidas en el Código de Comercio, en el Plan General de Contabilidad y demás disposiciones de la legislación mercantil en materia contable*”, con lo cual se otorgó habilitación legal para la realización de un Plan de Contabilidad Sectorial independiente y autónomo del Plan General aunque respetuoso con las disposiciones de este último que pudieran

²³⁵CABO LOPEZ. Miguel Angel. Presentación al “Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras – R.D. 2014/1997”. Pp. 11 y ss. AMAFEX. Editorial MAPFRE. Madrid. 1998. Dicha “presentación” contiene una importante y especialmente útil exposición sobre la necesidad de un nuevo plan contable para las entidades aseguradoras, las características del nuevo plan, su estructura y las normas sobre formulación de las cuentas de los grupos consolidables de entidades aseguradoras.

mantenerse sin menoscabo de las especialidades planteadas por la actividad de las entidades aseguradoras.

Posteriormente, en uso de la facultades de desarrollo reglamentario otorgadas por la Ley referida, se dictó el real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y se dan normas para la formulación de las cuentas de los grupos de estas últimas cuando formen grupo consolidable.

La estructura del Plan de Contabilidad Sectorial, que sigue en este aspecto al Plan General, es la siguiente:

- *Introducción.*
- *Primera parte: Principios contables.*
- *Segunda parte: Cuadro de cuentas.*
- *Tercera parte: Definiciones y relaciones contables.*
- *Cuarta parte: Cuentas anuales.*
- *Quinta parte: Normas de valoración.*

La normativa reguladora de la planificación contable aplicable a las entidades aseguradoras forma parte de lo que las exposiciones de motivos de las leyes de Ordenación de 1984 y 1995 denominaron “unidad institucional” de la legislación del seguro privado que, constituida por normas de Derecho público y de Derecho privado, se caracteriza por su carácter tutelar a favor de los tomadores, asegurados y beneficiarios protegidos por un contrato de seguro.

Un desarrollo legal riguroso y detallado de estos aspectos es indispensable para poder dar satisfacción al principio de “imagen fiel” en torno al cual se construyen todas las exigencias contables.

El carácter tutelar de la legislación aseguradora tiene su expresión máxima en las exigencias financieras de solvencia impuestas a las entidades con la finalidad de que estén en todo momento en situación de poder hacer frente a los compromisos adquiridos. De ahí que poder conocer, también en todo momento si fuere necesario, la situación económico y financiera de las entidades requiere, con carácter de imprescindible, de la existencia de un sistema de registro y control técnico-contable que garantice la expresión de la “imagen fiel” de dicha situación como garantía de publicidad frente a socios, terceros, acreedores y Organismos Públicos, en general, y frente a tomadores, asegurados y beneficiarios y al propio Órgano de Control en especial.

Conviene indicar al respecto que el citado principio de “imagen fiel” condiciona de tal manera el régimen de la ordenación contable, y constituye su razón de ser, que el propio Plan de Contabilidad, después de establecer que la aplicación de los principios contables contenidos en el mismo deberá conducir a que las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria) formuladas con claridad expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad, establece que *“en aquellos casos en los que, con carácter excepcional, no sea adecuado la aplicación de un principio contable o de cualquier otra norma contable por resultar incompatibles con la imagen fiel que deben mostrar las cuentas anuales, se considerará*

improcedente dicha aplicación. Todo lo cual se mencionará en la memoria, explicando su motivación e indicando su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la entidad”.

De esta manera la consecución de la imagen fiel que constituye el fin al que se orienta la regulación contable puede, en determinados casos, servir de excepción para, justificadamente, apartarse de la norma.

En otro orden de cosas también debemos hacer mención a que el Plan de Contabilidad ha sido modificado por el anteriormente referido Real Decreto de 2 de junio de 2000, a consecuencia de la incorporación de la Directiva 98/78/CE, de 27 de octubre, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros, lo cual implicó realizar algunas modificaciones en la Norma Tercera de las normas sobre formulación de las cuentas anuales de los grupos consolidables de entidades aseguradoras.

4.3.4. Estructura y contenido de la Ley de 1995

Se expone en nota a pie de página²³⁶.

²³⁶ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

TÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES

- Artículo 1:* Objeto de la Ley y definiciones
- Artículo 2:* Ámbito subjetivo y principio de reciprocidad
- Artículo 3:* Ámbito objetivo
- Artículo 4:* Ámbito territorial
- Artículo 5:* Operaciones prohibidas y sanción de nulidad

TÍTULO II.

DE LA ACTIVIDAD DE ENTIDADES ASEGURADORAS ESPAÑOLAS

CAPÍTULO I. *Del acceso a la actividad aseguradora*

- Artículo 6:* Necesidad de autorización administrativa

Sección 1ª *Formas jurídicas de las entidades aseguradoras.*

- Artículo 7:* Naturaleza forma y denominación de las entidades aseguradoras
- Artículo 8:* Vínculos estrechos
- Artículo 9:* Mutuas y cooperativas a prima fija
- Artículo 10:* Mutuas y cooperativas a prima variable

Sección 2ª *Restantes requisitos.*

- Artículo 11:* Objeto social
- Artículo 12:* Programa de actividades
- Artículo 13:* Capital social y fondo mutual
- Artículo 14:* Socios
- Artículo 15:* Dirección efectiva de las entidades aseguradoras

CAPÍTULO II. *Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora*

Sección 1ª *Garantías financieras*

- Artículo 16:* Provisiones técnicas
- Artículo 17:* Margen de solvencia
- Artículo 18:* Fondo de garantía

-*Artículo 19:* Limitación de distribución de excedentes y de actividades

Sección 2ª Otros requisitos específicos

-*Artículo 20:* Contabilidad y debe de consolidación

-*Artículo 21:* Régimen de participaciones significativas

-*Artículo 22:* Cesión de cartera

-*Artículo 23:* Transformación, fusión, escisión y agrupación

-*Artículo 24:* Estatutos, pólizas y tarifas

CAPÍTULO III. Intervención de entidades aseguradoras

Sección 1ª Revocación de la autorización administrativa.

Artículo 25: Causas de la revocación y sus efectos

Sección 2ª Disolución y liquidación de entidades aseguradoras.

-*Artículo 26:* Disolución

-*Artículo 27:* Liquidación de entidades aseguradoras

-*Artículo 28:* Acciones frente a entidades aseguradoras sometidas a procesos concursales o en liquidación

Sección 3ª Liquidación administrativa por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras.

Subsección 1ª Disposiciones generales

-*Artículo 29:* Naturaleza y adscripción

-*Artículo 30:* Régimen jurídico

-*Artículo 31:* Objeto y funciones

Subsección 2ª Organización, régimen de funcionamiento y recursos económicos

-*Artículo 32:* Órganos de gobierno y administración

-*Artículo 33:* Régimen de funcionamiento

-*Artículo 34:* Recursos económicos

Subsección 3ª Liquidación por la Comisión de entidades aseguradoras

-*Artículo 35:* Normas generales de liquidación

-*Artículo 36:* Beneficios de la liquidación

-*Artículo 37:* Procedimiento de liquidación

Subsección 4ª Procesos concursales.

-*Artículo 38:* Anticipo de gastos de liquidación y satisfacción de créditos

Sección 4ª Medidas de control especial.

-*Artículo 39:* Medidas de control especial

Sección 5ª Régimen de infracciones y sanciones.

-*Artículo 40:* Infracciones administrativas

-*Artículo 41:* Sanciones administrativas

-*Artículo 42:* Responsabilidad de los que ejercen cargos de administración y dirección

-*Artículo 43:* Criterios de graduación de las sanciones

-*Artículo 44:* Medidas inherentes a la imposición de sanciones administrativas

-*Artículo 45:* Prescripción de infracciones y sanciones

-*Artículo 46:* Competencia administrativa

-*Artículo 47:* Normas complementarias para el ejercicio de la potestad sancionadora

-*Artículo 48:* Ejercicio de actividades y uso de denominaciones reservadas a las entidades aseguradoras

CAPÍTULO IV. De la actividad en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios en el espacio económico europeo

Sección 1ª Disposiciones comunes

-*Artículo 49:* Entidades aseguradoras autorizadas.

-*Artículo 50:* Cesión de cartera.

-*Artículo 51:* Medidas de intervención.

-*Artículo 52:* Deber de información al Ministerio de Economía y Hacienda.

-*Artículo 53:* Deber de información al tomador del seguro.

-*Artículo 54:* Remisión general.

Sección 2ª Régimen de derecho de establecimiento

-*Artículo 55:* Establecimiento de sucursales.

Sección 3ª Régimen de libre prestación de servicios

-*Artículo 56:* Actividades en régimen de libre prestación de servicios.

CAPÍTULO V. Reaseguro

-Artículo 57: Entidades reaseguradoras.

CAPÍTULO VI. Protección del asegurado

-Artículo 59: Crédito singularmente privilegiado.

-Artículo 60: Deber de información al tomador

-Artículo 61: Mecanismos de solución de conflictos.

-Artículo 62: Protección administrativa.

-Artículo 63: Defensor del asegurado.

CAPÍTULO VII. Mutualidades de previsión social

-Artículo 64: Concepto y requisitos.

-Artículo 65: *Ámbito de cobertura y prestaciones.*

-Artículo 66: Ampliación de prestaciones.

-Artículo 67: Fondo mutual y garantías financieras.

-Artículo 68: Normas aplicables.

CAPÍTULO VIII. Competencias de ordenación y supervisión

Sección 1ª Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas

-Artículo 69: Distribución de competencias.

Sección 2ª Competencias de la Administración General del Estado

-Artículo 70: Control de la actividad aseguradora.

-Artículo 71: Control de las entidades aseguradoras.

-Artículo 72: Inspección de Seguros.

-Artículo 73: Junta Consultiva de Seguros.

-Artículo 74: Registros administrativos.

Sección 3ª Normas generales

-Artículo 75: Deber de secreto profesional.

-Artículo 76: Aseguramiento en terceros países.

-Artículo 77: Deber de colaboración con los estados miembros del Espacio Económico Europeo y obligaciones de información y reciprocidad.

TÍTULO III.

DE LA ACTIVIDAD EN ESPAÑA DE ENTIDADES ASEGURADORAS EXTRANJERAS

CAPÍTULO I. De la actividad en España de entidades aseguradoras domiciliadas en otros países miembros del Espacio Económico Europeo

Sección 1ª Disposiciones comunes

-Artículo 78: Ordenación y supervisión de entidades aseguradoras autorizadas.

-Artículo 79: Cesión de cartera.

-Artículo 80: Medidas de intervención.

-Artículo 81: Deber de información al tomador del seguro.

-Artículo 82: Tributos y afiliación obligatoria.

Sección 2ª Régimen de derecho de establecimiento

-Artículo 83: Determinación de condiciones de ejercicio.

-Artículo 84: Inspección de sucursales por la autoridad supervisora de origen.

Sección 3ª Régimen de libre prestación de servicios

-Artículo 85: Inicio y modificación de la actividad.

-Artículo 86: Representante a efectos fiscales y en el seguro de automóviles.

CAPÍTULO II. De la actividad en España de entidades aseguradoras domiciliadas en terceros países

-Artículo 87: Establecimiento de sucursales.

-Artículo 88: Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora.

-Artículo 89: Normas especiales de intervención de sucursales.

4.3.5. Estructura y contenido del Reglamento de 1998

Se indica en nota a pie de página²³⁷.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Ramos de seguro.

Segunda. Seguro de caución a favor de Administraciones Públicas.

Tercera. Seguro de defensa jurídica.

Cuarta. Moneda exigible en compromisos y riesgos.

Quinta. Colaboradores en la actividad aseguradora.

Sexta. Modificaciones de la Ley de Contrato de Seguro.

Séptima. Modificaciones de la Ley de Mediación en Seguros Privados

Octava. Modificaciones en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor.

Novena. Modificaciones en el Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

Décima. Modificaciones en la Ley de Seguros Agrarios Combinados.

Undécima. Modificaciones en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones.

Duodécima. Modificación de la D.A. 11.a de la Ley General de la Seguridad Social.

Decimotercera. Modificaciones a la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF

Decimocuarta. Contravalor del ECU.

Decimoquinta. Integración en la Seguridad Social de los colegiados en Colegios Profesionales.

Decimosexta. Régimen especial de las entidades aseguradoras suizas.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Validez de la autorización administrativa en todo el Espacio Económico Europeo.

Segunda. Adecuación de los actuales ramos de seguro a los regulados en la presente ley.

Tercera. Modificaciones exigidas por la adaptación a la presente Ley.

Cuarta. Entidades aseguradoras autorizadas para operar en seguro de vida y en seguro distinto al de vida.

Quinta. Adaptación de las mutualidades de previsión social.

Sexta. Subsistencia provisional de las normas reglamentarias reguladoras de las provisiones técnicas.

Séptima. Normas transitorias sobre porcentajes de provisiones técnicas, regulación de provisiones técnicas en que España sea el Estado miembro del compromiso o localización del riesgo, y sobre sucursales y prestación de servicios.

Octava. Influencia notable a efectos de participación significativa.

Novena. Transformación de medidas cautelares en medidas de control especial.

Décima. Transformación de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras.

Undécima. Beneficios de la adaptación y beneficios fiscales de la transformación de mutualidades de previsión social.

Duodécima. Límites provisionales del aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil ocasionada por la circulación de vehículos automóviles.

Decimotercera. Identificación de la entidad aseguradora en los accidentes de circulación.

Decimocuarta. Régimen de los compromisos por pensiones ya asumidos.

Decimoquinta. Régimen transitorio de acomodación de los compromisos por pensiones mediante planes de pensiones.

Decimosexta. Régimen fiscal transitorio de acomodación de los compromisos por pensiones.

Decimoséptima. Adaptación de los agentes de seguros.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única. Normas derogadas.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Bases de ordenación de seguros y competencias exclusivas del Estado.

Segunda. Potestad reglamentaria.

Tercera. Entrada en vigor.

²³⁷ TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

-Artículo 1: Objetivo del presente Reglamento.

-Artículo 2: Seguro privado.

-Artículo 3: Ámbito objetivo.

TITULO II

DE LA ACTIVIDAD DE ENTIDADES ASEGURADORAS ESPAÑOLAS

CAPÍTULO I. *Del acceso a la actividad aseguradora*

Sección 1ª *Autorización administrativa*

- Artículo 4:* Solicitud y autorización administrativa.
- Artículo 5:* Modificación de la documentación aportada.
- Artículo 6:* Efectos de la autorización. Entidades no autorizadas.
- Artículo 7:* Ampliación de actividad.
- Artículo 8:* Organizaciones y agrupaciones de entidades aseguradoras

Sección 2ª *Denominación y domicilio social*

- Artículo 9:* Denominación social.
- Artículo 10:* Domicilio social.

Sección 3ª *Formas jurídicas de las entidades aseguradoras*

Subsección 1ª *De las mutuas de seguros a prima fija*

- Artículo 11:* Normas aplicables.
- Artículo 12:* Estatutos
- Artículo 13:* Derechos de los mutualistas.
- Artículo 14:* Obligaciones de los mutualistas.
- Artículo 15:* Órganos de gobierno.
- Artículo 16:* Composición y competencias de la Asamblea General.
- Artículo 17:* Adopción de acuerdos por la Asamblea General.
- Artículo 18:* Composición del Consejo de Administración.
- Artículo 19:* Competencias del consejo de administración.
- Artículo 20:* Limitaciones en la gestión.
- Artículo 21:* Normas supletorias para las mutuas a prima fija

Subsección 2ª *De las mutuas de seguros a prima variable*

- Artículo 22:* Normas aplicables a las mutuas de seguros a prima variable.

Subsección 3ª *De las cooperativas de seguros*

- Artículo 23:* Normas aplicables a las cooperativas de seguros a prima fija y a prima variable.

Sección 4ª *Restantes requisitos*

Subsección 1ª *Programa de actividades*

- Artículo 24:* Programa de actividades.
- Artículo 25:* peculiaridades del programa de actividades en los ramos 2, 17, 18 y 19 de la clasificación de ramos del seguro distintos del de vida contenida en la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros Privados.
- Artículo 26:* Ejecución del programa de actividades.

Subsección 2ª *Capital social, fondo mutual y socios*

- Artículo 27:* Capital social y fondo mutual
- Artículo 28:* Socios.

CAPÍTULO II. *Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora*

Sección 1ª *Provisiones técnicas*

- Artículo 29:* Concepto y enumeración de las provisiones técnicas.
- Artículo 30:* Provisión de primas no consumidas.
- Artículo 31:* Provisión de riesgos en curso.
- Artículo 32:* Provisión de seguros de vida-
- Artículo 33:* Tipo de interés aplicable para el cálculo de la provisión de seguros de vida.
- Artículo 34:* Tablas de mortalidad de supervivencia y de invalidez.
- Artículo 35:* Gastos de gestión.
- Artículo 36:* Rescates.
- Artículo 37:* Provisión de seguros de vida cuando el tomador asume el riesgo de la inversión.
- Artículo 38:* Provisión de participación en beneficios y para extornos.
- Artículo 39:* Provisión de prestaciones.

- Artículo 40*: Provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago.
 - Artículo 41*: Provisión de siniestros pendientes de declaración.
 - Artículo 42*: Provisión de gastos internos de liquidación de siniestros.
 - Artículo 43*: Métodos estadísticos de cálculo de la provisión de prestaciones.
 - Artículo 44*: Provisión de prestaciones en riesgos de manifestación diferida.
 - Artículo 45*: Provisión de estabilización.
 - Artículo 46*: Provisión del seguro de decesos.
 - Artículo 47*: Provisión del seguro de enfermedad.
 - Artículo 48*: Provisión de desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo.
- Sección 2ª Cobertura de provisiones técnicas*
- Artículo 49*: Provisiones técnicas a cubrir.
 - Artículo 50*: Bienes y derechos aptos para la inversión de las provisiones técnicas.
 - Artículo 51*: Titularidad y situación de las inversiones.
 - Artículo 52*: Valoración de las inversiones de las provisiones técnicas.
 - Artículo 53*: Límites de diversificación y dispersión.
 - Artículo 54*: Inversiones cuyo riesgo de inversión sea a cargo del tomador.
 - Artículo 55*: Reglas de congruencia a efectos de cobertura de provisiones técnicas.
 - Artículo 56*: Cobertura consolidada de provisiones técnicas.
 - Artículo 57*: Obligaciones de las entidades aseguradoras en caso de déficit en la cobertura de las provisiones técnicas.
- Sección 3ª Margen de solvencia y fondo de garantía*
- Artículo 58*: Obligación de disponer del margen de solvencia.
 - Artículo 59*: Patrimonio propio no comprometido.
 - Artículo 60*: Patrimonio propio no comprometido de los *grupos consolidables de entidades aseguradoras*.
 - Artículo 61*: Cuantía mínima del margen de solvencia en los seguros distintos del seguro de vida.
 - Artículo 62*: Cuantía mínima del margen de solvencia en los *seguros de vida*.
 - Artículo 63*: Fondo de garantía.
- Sección 4ª Contabilidad, libros y registros*
- Artículo 64*: Contabilización de las operaciones de las entidades aseguradoras.
 - Artículo 65*: Libros y registros contables de las entidades aseguradoras.
 - Artículo 66*: Obligaciones contables de las entidades aseguradoras y deber de información.
- Sección 5ª Deber de consolidación, auditoría de cuentas e influencia notable*
- Artículo 67*: Grupo consolidable de entidades aseguradoras.
 - Artículo 68*: Auditoría de las cuentas anuales de entidades aseguradoras.
 - Artículo 69*: Influencia notable.
- Sección 6ª Cesión de cartera*
- Artículo 70*: Cesión de cartera.
- Sección 7ª Transformación, fusión, escisión y agrupación*
- Artículo 71*: Transformación de entidades aseguradoras.
 - Artículo 72*: Fusión de entidades aseguradoras.
 - Artículo 73*: Escisión de entidades aseguradoras.
 - Artículo 74*: Agrupaciones de interés económico y ujiones temporales de empresas.
- Sección 8ª Estatutos, pólizas y tarifas*
- Artículo 75*: Estatutos.
 - Artículo 76*: Pólizas y tarifas de primas.
 - Artículo 77*: Normas generales sobre bases técnicas.
 - Artículo 78*: Peculiaridades de las bases técnicas en los seguros de vida.
 - Artículo 79*: Peculiaridades en las bases técnicas en los seguros de decesos.
 - Artículo 80*: Peculiaridades de las bases técnicas en los seguros de enfermedad.

CAPÍTULO III. Intervención de entidades aseguradoras

Sección 1ª Revocación

- Artículo 81*: Causas de la revocación.

Sección 2ª Disolución

- Artículo 82*: Causas de la disolución.

-*Artículo 83*: Publicidad del acuerdo de disolución.

Sección 3ª Liquidación

-*Artículo 84*: Vencimiento anticipado de los contratos de seguro.

-*Artículo 85*: Cesión de oficio de la cartera en la liquidación.

-*Artículo 86*: Requisitos de los liquidadores.

-*Artículo 87*: Documentación a remitir a la dirección General de Seguros por los administradores y por los liquidadores.

-*Artículo 88*: Deber de colaboración de los antiguos administradores y gestores.

-*Artículo 89*: Finalización de las operaciones de liquidación.

Sección 4ª. Intervención

-*Artículo 90*: Intervención administrativa de las entidades aseguradoras.

-*Artículo 91*: Intervención en la liquidación.

-*Artículo 92*: Intervención para garantizar el correcto cumplimiento de las medidas de control especial.

Sección 5ª Régimen de infracciones y sanciones

-*Artículo 93*: Infracciones muy graves.

-*Artículo 94*: Infracciones graves.

-*Artículo 95*: Fondos propios a efectos de la imposición de sanciones.

-*Artículo 96*: Competencias administrativas en materia sancionadora.

CAPÍTULO IV. De la actividad en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios en el espacio económico europeo

Sección 1ª Disposiciones comunes

-*Artículo 97*: Cesión de cartera.

-*Artículo 98*: Deber de información al Ministerio de Economía y Hacienda.

-*Artículo 99*: Remisión general.

Sección 2ª Régimen de derecho de establecimiento

-*Artículo 100*: Establecimiento de sucursales.

-*Artículo 101*: Inspección de sucursales de entidades aseguradoras españolas establecidas en otro Estado miembro del espacio económico europeo.

Sección 3ª Régimen de libre prestación de servicios

-*Artículo 102*: Actividades en régimen de libre prestación de servicios.

CAPÍTULO V. Reaseguro

-*Artículo 103*: Entidades reaseguradoras.

CAPÍTULO VI. Protección del asegurado

-*Artículo 104*: Deber general de información al tomador.

-*Artículo 105*: Deber particular de información en el caso de los seguros sobre la vida.

-*Artículo 106*: Seguros colectivos.

-*Artículo 107*: Constancia de la recepción de la información.

-*Artículo 108*: Protección administrativa.

-*Artículo 109*: Defensor del asegurado y arbitraje.

CAPÍTULO VII. Competencias de ordenación y supervisión

Sección 1ª Control interno de las entidades aseguradoras

-*Artículo 110*: Control interno de las entidades aseguradoras.

-*Artículo 111*: Publicidad.

Sección 2ª Inspección de seguros

-*Artículo 112*: Iniciación de las actuaciones inspectoras.

-*Artículo 113*: Funcionarios participantes en las actuaciones inspectoras.

-*Artículo 114*: Desarrollo de las actuaciones inspectoras.

-*Artículo 115*: Excusa, negativa o resistencia a la actuación inspectora.

-*Artículo 116*: Diligencias.

-*Artículo 117*: Formalización del acta de inspección.

-*Artículo 118*: Terminación de las actuaciones inspectoras.

-*Artículo 119*: Deber de comunicación.

Sección 3ª Junta Consultiva de Seguros

-Artículo 120: Junta Consultiva de Seguros.

Sección 4ª Registros administrativos

-Artículo 121: Registros administrativos.

-Artículo 122: Registro administrativo de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

-Artículo 123: Registro administrativo de los altos cargos de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

-Artículo 124: Registro administrativo especial de corredores de seguros, de sociedades de correduría de seguros y sus altos cargos.

-Artículo 125: Registro administrativo de las organizaciones para la distribución de la cobertura de riesgos entre las entidades aseguradoras o para la prestación de servicios comunes relacionados con la actividad de las mismas y sus altos cargos.

-Artículo 126: Cancelación de la inscripción de las sanciones impuestas.

-Artículo 127: Inscripción de las medidas de control especial.

TÍTULO III.

DE LA ACTIVIDAD EN ESPAÑA DE ENTIDADES ASEGURADORAS EXTRANJERAS

CAPÍTULO I. De la actividad en España de entidades aseguradoras domiciliadas en otros países miembros del Espacio Económico Europeo

Sección 1ª Disposiciones comunes

-Artículo 128: Ordenación y supervisión de entidades aseguradora autorizadas.

-Artículo 129: Cesión de cartera.

-Artículo 130: Deber de información al tomador del seguro.

-Artículo 131: Actuaciones inspectoras sobre la presencia permanente de las entidades aseguradoras.

Sección 2ª Régimen de derecho de establecimiento

-Artículo 132: Determinación de las condiciones de ejercicio.

-Artículo 133. Supervisión por la Dirección General de seguros de Sucursales en España de entidades aseguradoras domiciliadas en otro Estado miembro del espacio económico europeo.

Sección 3ª Régimen de libre prestación de servicios

-Artículo 134: Inicio y modificación de la actividad.

-Artículo 135: Representante a efectos fiscales.

CAPÍTULO II. De la actividad en España de entidades aseguradoras domiciliadas en terceros países

Sección 1ª Disposiciones generales

-Artículo 136: Establecimiento de sucursales.

-Artículo 137: Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora.

Sección 2ª Régimen especial de las entidades aseguradoras suizas

-Artículo 138: Establecimiento de sucursales.

-Artículo 139: Procedimiento de autorización.

-Artículo 140: Condiciones de ejercicio.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Ficheros

Segunda. Prácticas abusivas

Tercera. Dotación de las provisiones técnicas. Cuantía mínima

Cuarta. Seguros Agrarios Combinados

Quinta. Cuantía máxima de cobertura de riesgos complementarios y accesorios

Sexta. Mutualidades de previsión social

Séptima. Derecho de información de los perjudicados de accidentes de circulación de vehículos a motor

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Provisiones de riesgos en curso

Segunda. Seguros de vida

Tercera. Seguro de decesos

Cuarta. Límites de diversificación y dispersión

Quinta. Minusvalías a deducir en el cómputo del patrimonio propio no comprometido

Sexta. Seguro de crédito

Séptima. Adaptación de los estatutos sociales

Octava. Deber de información en las pólizas de seguros

Novena. Adaptación de información en las pólizas de seguros

Décima. Mutualidades de previsión social

SEGUNDA PARTE:

EXPOSICIÓN DEL MODELO VIGENTE

***LA LEY DE ORDENACIÓN Y SUPERVISIÓN
DE LOS SEGUROS PRIVADOS DE 8 DE
NOVIEMBRE DE 1995, SU REGLAMENTO DE
20 DE NOVIEMBRE DE 1998 Y LEGISLACIÓN
COMPLEMENTARIA.***

CAPÍTULO III

ACCESO A LA ACTIVIDAD ASEGURADORA

1. DISPOSICIONES GENERALES DE LA LEY Y DEL REGLAMENTO

El Título I de la Ley contiene las disposiciones generales relativas a su finalidad (artº 1), y a su ámbito normativo, tanto el subjetivo (artº 2) como el objetivo (actividades y operaciones sometidas, en el artº 3 y operaciones prohibidas, en el artº 5) y el territorial (artº 4).

También en dicho Título se contienen las normas relativas a las definiciones de conceptos procedentes del Derecho Comunitario Europeo, cuya terminología se utiliza en el texto legal (artº 1), el principio de reciprocidad aplicable a terceros países ajenos al Espacio Económico Europeo (artº 2) y la sanción de nulidad aplicada a las operaciones realizadas sin la preceptiva autorización (Artº 5)

Por su parte el Reglamento regula en su Título I las disposiciones generales relativas a su objetivo (artº 1), concepto de seguro privado (artº 2) y ámbito objetivo (artº 3).

Seguidamente pasamos a comentar estos preceptos.

1.1. Objeto de la Ley.

Según expresa el artº 1, nº 1 de la Ley su objeto es el de *establecer la ordenación y supervisión del seguro privado y demás operaciones enumeradas en el artículo 3* de la misma, con una triple finalidad:

- *tutelar los derechos de los asegurados,*

- *facilitar la transparencia y el desarrollo del mercado de seguros, y*
- *fomentar la actividad aseguradora privada.*

Si hacemos excepción de la indicada “triple finalidad” de la Ley, la redacción del primer inciso de este precepto adolece de alguna imprecisión que hace obligatoria una relectura del mismo para poder delimitar el objeto de la Ley.

Así, en una primera aproximación, cabría interpretar que el objeto de “establecer la ordenación y supervisión” recae sobre dos aspectos diferentes entre sí: el “*seguro privado*”, por un lado, y “*las demás operaciones enumeradas en el artículo 3*”, por otro, lo cual podría llevar a la conclusión de que estas últimas operaciones, en su totalidad, son distintas de las de seguro privado, planteándose así un problema de difícil, por no decir imposible, solución para intentar precisar el contenido de lo que sería el seguro privado.

Tal interpretación, posible dada la imprecisa redacción del texto, podría desembocar en el absurdo de no poder encontrar en la propia Ley el contenido principal que da razón de ser a su existencia y que se refleja en su propia denominación: el seguro privado.

Sin duda la intención del legislador fue la de referirse a que en dicho artículo 3 se contienen tanto las operaciones de *seguro privado*, (números 1 y 2 del mismo: seguro directo de vida y no vida, reaseguro y capitalización) como *las demás* a que se refiere también dicho artículo 3 (números 3 y 4: operaciones preparatorias, complementarias y de prevención).

Quizás una redacción como la de “*establecer la ordenación y la supervisión de las operaciones enumeradas en el artículo 3, tanto las de seguro privado como las demás*”, u otra similar, hubiera mejorado la precisión del texto.

A continuación, el indicado artículo 1, en su número 2, dispone que “*quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley el Régimen General y los Regímenes Especiales que integran el sistema de Seguridad Social obligatoria*”.

Nos encontramos pues con que la Ley, a la hora de delimitar su objeto, acude a un doble criterio, positivo y negativo, de inclusión y exclusión, método este ya utilizado, aunque con diferente terminología²³⁸, por la anterior Ley de Ordenación de 1984, distinción cuya validez y sentido son igualmente admisibles en la Ley vigente²³⁹ ya que si esta lo es de “Ordenación y Supervisión de los *seguros privados*” parece lógico, en aras de la precisión delimitadora de su objeto, que se excluya expresamente el ámbito público de la Seguridad Social obligatoria.

²³⁸ La Ley de ordenación del Seguro Privado de 1984 disponía, al respecto, en su artº 1, nº 3, que “*no serán objeto de la presente Ley los sistemas de previsión que constituyan la Seguridad social obligatoria*”.

²³⁹ Olivencia, Manuel. “Disposiciones Generales”, en “Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado”, dirigidos por Evelio Verdura Tuells. Tomo I, p. 155. CUNEF. Madrid 1988.

Seguidamente analizaremos los contenidos objetivos de la formulación positiva que realiza la Ley y para precisar el contenido de su ámbito objetivo trataremos de precisar en primer lugar el concepto de *seguro privado*, el de las “*demás operaciones*” del artº 3 y posteriormente los de *ordenación y supervisión*.

1.1.1. Concepto de Seguro Privado

A. Introducción

La Ley de Ordenación de 1984 establecía, en su artº 1º-2, que “*tiene la consideración de seguro privado toda operación de seguro o previsión, quienquiera que sea el asegurado o el asegurador*” con la salvedad de “*los sistemas de previsión que constituyan la Seguridad Social obligatoria*”.

Por el contrario, la Ley vigente no ofrece una definición de seguro privado. Es su Reglamento de desarrollo el que aclara dicho concepto, utilizando también una doble técnica positiva y negativa para delimitar el contenido del concepto de seguro privado a cuyos efectos establece, por un lado, qué tipo de operaciones tienen tal naturaleza y, por otro, cuales no.

B) Delimitación positiva del concepto de seguro privado

Así, para la *delimitación positiva* del concepto que nos ocupa, en el nº 1 del artº 2 del Reglamento se establece que “*tendrán la consideración de operaciones de seguro privado aquellas en las que concurren los requisitos previstos en el artículo 1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*”, expresándose para ello en términos idénticos a los utilizados por el anterior Reglamento de Ordenación de 1985 que desarrolló la Ley de 1984, la cual, como se indicó anteriormente, sí contenía una definición de “seguro privado”.

El texto reglamentario, al igual que el de 1985 y la Ley de 1984, no utiliza el término jurídico de contrato u otro equivalente sino el más técnico y amplio de “operaciones”, aunque termina exigiendo que en estas “concurran” los requisitos del contrato de seguro.

Por ello, a efectos legales, cabe considerar que el concepto de “operación de seguro privado” es equivalente al de “contrato de seguro” contenido en el artº 1 de la Ley reguladora de este último, según el cual: “*El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.*”

Se produce, por consiguiente, una total coincidencia entre el ámbito objetivo de la normativa de ordenación y el de la ley mercantil²⁴⁰.

²⁴⁰ Vid. sobre este aspecto los comentarios de OLIVENCIA, Manuel en “Disposiciones generales”. Ob. cit. p.153.

Una vez admitido que las operaciones de seguro privado a que hace referencia la Ley son aquellas que han sido jurídicamente instrumentadas mediante un contrato de seguro, resulta necesario seguir delimitando el objeto de la norma al incluir en el mismo “*las operaciones enumeradas en el artículo 3*” de la Ley.

Este artículo, dedicado al “*ámbito objetivo*” de la Ley, dispone que “*quedan sometidas*” a sus preceptos:

“1. Las actividades de seguro directo de vida, de seguro directo distinto del seguro de vida, y de reaseguro.

2. Las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados.

3. Las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro o capitalización que practiquen las entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión.

4. Las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora”.

De las operaciones a que se hace mención en los números 3 y 4 precedentes nos ocuparemos más adelante, ya que si bien delimitan el ámbito objetivo de la Ley, no corresponden “*stricto sensu*” al contenido del seguro privado.

Seguidamente vamos a analizar las actividades y operaciones que sí conforman el concepto de este último:

Operaciones propias y exclusivas del seguro privado. Los ramos del seguro.

El artº 3 de la Ley, en sus números 1 y 2, nos sitúa en el ámbito de lo que tradicional e internacionalmente se ha venido considerando como actividad típicamente genuina y exclusiva del seguro privado: el *seguro directo*, tanto en los ramos de No Vida como en el de Vida (incluida en este la capitalización) y el *reaseguro*.

En el citado artº 3.1, la Ley utiliza la terminología de “*seguro directo de vida, seguro directo distinto del seguro de vida y reaseguro*” para adaptarse a la de las Directivas Comunitarias que regulan la materia, ampliando en este punto la utilizada por la Ley de 1984 que se refería a “*las operaciones de seguro y reaseguro*”.

La referencia expresa al reaseguro, mantenida en la Ley vigente, ya en su momento fue considerada por un sector de la doctrina como “*...más descriptiva que puramente conceptual, porque si las operaciones de seguro son las que como contrato de seguro define el artº 1º de la ley 50/80, ya queda subsumido en ellas el reaseguro,*

que, conforme a esta ley, es una modalidad de aquel”,²⁴¹ ya que dicha ley regula el reaseguro en la Sección 10^a²⁴² de su Título II, dedicado a los seguros contra daños.

Pero la práctica del seguro tiene requerimientos propios y específicos y por ello, para conseguir su correcto funcionamiento, la técnica aseguradora divide el tratamiento y análisis de los riesgos en grupos homogéneos denominados “ramos” (o “ramas” en otros países) con los que se pretende conseguir lo que técnicamente se denomina “homogeneidad cualitativa” de los riesgos.

El fin primordial de tal proceder es el de agrupar los riesgos en conjuntos de caracteres internos similares, que hagan posible la observación estadística de eventos homogéneos y la obtención de conclusiones fiables que permitan extrapolar y proyectar al futuro el comportamiento de tales riesgos, principalmente en lo referente al cálculo de la frecuencia e intensidad de su ocurrencia la cual, cuando acontece, transforma el riesgo en siniestro y hace nacer la obligación de indemnizar por parte del asegurador.

Dicho cálculo proporcionará el valor de la siniestralidad futura esperada y nos indicará el volumen de “primas puras o de riesgo” que todos los asegurados deben aportar para poder hacer frente a las indemnizaciones que deberán satisfacerse a aquellos cuyas pólizas generan el coste de dicha siniestralidad en el periodo y colectivo de riesgos observados.

Por todo ello la Ley, en su Disposición Adicional Primera, establece la clasificación normativa de los ramos de seguro distinguiendo entre el ramo del seguro directo sobre la vida y los ramos del seguro directo distinto del de vida, que divide en 19 ramos²⁴³, incluyendo en la mayoría de ellos un breve resumen de su contenido y

²⁴¹ Vid. Olivencia, Manuel. “Disposiciones...”. Op. cit. pp. 156 y 157.

²⁴² Anteriormente regulado en la Sección 9^a del Título II, hasta su modificación por la Ley 21/1990, de 21 de diciembre, de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE.

²⁴³ *Ramos de seguro.*

1. En el ***seguro directo distinto del seguro de vida*** la clasificación de los riesgos por ramos, así como la denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos y, finalmente, la conceptualización de riesgos accesorios se ajustará a lo siguiente:

Clasificación de los riesgos por ramos.

1. *Accidentes.*

2. *Enfermedad (comprendida la asistencia sanitaria).*

3. *Vehículos terrestres (no ferroviarios).*

4. *Vehículos ferroviarios.*

5. *Vehículos aéreos.*

6. *Vehículos marítimos, lacustres y fluviales.*

7. *Mercancías transportadas* (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados).

8. *Incendio y elementos naturales.*

9. *Otros daños a los bienes.*

10. *Responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles* (comprendida la responsabilidad del transportista).

11. *Responsabilidad civil en vehículos aéreos* (comprendida la responsabilidad del transportista).

12. *Responsabilidad civil en vehículos marítimos, lacustres y fluviales* (comprendida la responsabilidad civil del transportista).

13. *Responsabilidad civil en general.*

14. *Crédito.*

15. *Caución (directa e indirecta).*

16. *Pérdidas pecuniarias diversas.*

17. *Defensa jurídica.*

ámbito de cobertura fundamental, a los que nos referiremos más detenidamente al tratar el tema del objeto social de las entidades aseguradoras

Dicha clasificación debe de ser tenida en cuenta a efectos de la autorización administrativa para operar, que debe ser concedida por ramos en virtud de lo dispuesto en el artº6, nº 4 de la Ley.

También se establecen, en la indicada Disposición Adicional, tanto las denominaciones que a efectos de la preceptiva autorización deben utilizarse en los supuestos en que se conceda la autorización simultánea para varios ramos, como las condiciones que deben reunir los “riesgos accesorios” de otro principal, en los ramos no vida, y los “riesgos complementarios” en el ramo de vida.

No obstante conviene indicar que la referida clasificación de ramos no es, en su conjunto, una novedad de la Ley vigente, aunque lo que sí constituye la mayor novedad es la elevación del rango normativo de la misma, pues la clasificación de ramos, procedente de las adoptadas por la Comunidad Económica Europea y por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, que contenían pequeñas diferencias entre sí, fue establecida por primera vez mediante Orden Ministerial de 29 de julio de 1982 la cual fue, a su vez, derogada por la Orden ministerial de 7 de septiembre de 1987 que desarrolló, entre otros, el artº 16.2 del Reglamento de Ordenación de 1985

C. Delimitación negativa del concepto de seguro privado

El nº 2 del artículo 2 del Reglamento acota la delimitación negativa del concepto de seguro privado, tanto desde un punto de vista objetivo, indicando qué tipo de operaciones no tiene tal calificación, como desde un punto de vista subjetivo, estableciendo quienes no tendrán la consideración de aseguradores.

A tales efectos el citado precepto dispone que:

“No tendrán la consideración de operaciones de seguro privado la prestación de servicios profesionales, los contratos de abono concertados para prestar servicios de conservación, mantenimiento, reparación y similares, siempre que en las obligaciones que asuman las partes no figure la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable, ni

18. Asistencia.

Asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su

19. Decesos.

2. El **seguro directo sobre la vida** se incluirá en un solo ramo, el ramo de vida, con el ámbito de todos los ramos del seguro directo sobre la vida enumerados en las Directivas comunitarias reguladoras de la actividad del seguro directo sobre la vida.

A. Ámbito del ramo de vida.

El ramo de vida comprenderá:

- a) Seguro sobre la vida, tanto *para caso de muerte como para caso de supervivencia, o ambos*
- b) Operaciones de *capitalización*.
- c) Operaciones de *gestión de fondos colectivos de jubilación* y de *gestión de operaciones tontinas*.

la mera obligación de prestación de servicios mecánicos al automóvil realizada a sus socios por los clubes automovilísticos”.

“Tampoco tendrán la consideración de aseguradores aquellas personas que contando con infraestructura adecuada presten, al menos, alguno de los servicios citados en el párrafo anterior, referidos a asistencia sanitaria, defensa jurídica, asistencia a personas o decesos, devengando su retribución por cada uno de los actos que realicen y con independencia de la persona que los satisfaga”.

El primer párrafo de los anteriores es idéntico al texto del número 3 del artº 2 del Reglamento de 1985, con excepción de su inciso final relativo a los servicios mecánicos de los clubes de automóviles. El segundo de los párrafos citados es nuevo y tampoco constaba en la legislación anterior.

De acuerdo con lo dispuesto por el referido precepto están excluidos de tal calificación:

- la prestación de servicios *profesionales*,
- los contratos de abono para prestar servicios de *conservación, mantenimiento, reparación y similares* y
- la prestación de servicios *mecánicos* al automóvil realizada a sus socios por los clubes automovilísticos.

Los dos primeros supuestos, redactados en idénticos términos a los de la legislación anterior, fueron en su día calificados como de defectuosa y confusa formulación, al igual que la exigencia de que *“en las obligaciones que asuman las partes no figure la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable”*.^{244 245}

²⁴⁴ En los siguientes términos se expresaba el Profesor OLIVENCIA, en “Disposiciones...”, Op. cit. pp 154 y 155, al comentar el Reglamento de Ordenación de 1985:

“El reglamento ha pretendido diferenciar las operaciones de seguro o contratos de seguros, tal como los ha definido, de otras figuras afines, y ha acudido para ello a una formulación que también resulta un tanto defectuosa. Ha apuntado, en primer lugar, a determinadas figuras –contratos de prestación de servicios profesionales, contratos que llama de abono, de mantenimiento, reparación, conservación -, para terminar con la frase “y similares”. Efectivamente, el contrato de seguro puede confundirse, o puede plantear dudas en su delimitación con respecto a otras figuras, pero la fórmula empleada por el Reglamento no parece convincente. En primer lugar, enuncia confusamente unas figuras cuya verdadera naturaleza jurídica ni se define ni se puede inferir. La “prestación de servicios profesionales” puede, en nuestro Derecho, hacerse en virtud de contratos de arrendamiento de servicios, o de mandato, o de trabajo. Y puede que las “prestaciones convenidas” en un contrato de seguros sean también realizadas por profesionales: servicios de asistencia jurídica o médica, por ejemplo. Es claro que si el asegurador contrata tales servicios con profesionales independientes no será un seguro la relación que vincula a esas partes, ni tanto menos la que pueda existir entre el profesional y el asegurado.

Confusa es también la referencia a los contratos que el reglamento llama “de abono”, para prestación de servicios de conservación, mantenimiento, reparación y similares. Por ahí podemos entrar otra vez en el ámbito de las “prestaciones convenidas” en un contrato de seguro (por ej., la reparación en taller del vehículo dañado) y en la calificación de las relaciones existentes entre un empresario independiente, el asegurador y el asegurado.

Pero la confusión culmina con la fase final del artº 2.3. del Reglamento: “...siempre que en las obligaciones que asuman las partes no figure la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable”, lo que viene a envolver una verdadera tautología, en cuanto que lo único que nos dice es que no tendrán la condición de operaciones de seguro aquellas en las que no concurren los requisitos expresados en el artº. 1º de la Ley de contrato de Seguro 50/80, donde el elemento del riesgo es definitorio”

La tercera categoría de servicios excluidos, – *la prestación de servicios mecánicos al automóvil realizada a sus socios por los clubes automovilísticos* –, parece tener una mayor precisión pues hace referencia expresa tanto a los servicios concretos que se prestan como a la naturaleza del prestador de los mismos, aunque su defectuosa ubicación en el precepto puede inducir a soluciones interpretativas carentes de sentido y contrarias a la propia normativa que regula el seguro privado.

Efectivamente, la referencia a los citados “servicios mecánicos” se encuentra al final del párrafo, como categoría autónoma, y después de la exigencia de no existencia de “un riesgo técnicamente asegurable” la cual, tal y como está redactado el precepto, solo sería de aplicación a las otras dos clases de servicios.

Ello podría conducir a interpretar que los indicados “servicios mecánicos” podrían quedar excluidos en todo caso del ámbito del seguro privado, aunque el objeto de los mismos estuviera constituido por la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable, con lo cual la prestación de esta clase de servicios podría quedar fuera del campo de aplicación de la ley de Contrato de Seguro y de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Conclusión esta a todas luces antijurídica ya que, de acuerdo con las exigencias de dicha normativa, cualquier riesgo “asegurable” debe serlo bajo la forma de un contrato de seguro (incluido el reaseguro) y practicado exclusivamente por entidades aseguradoras especializadas.

El segundo de los párrafos referidos intenta la delimitación negativa del concepto del seguro privado acudiendo al argumento subjetivo de establecer quienes “*no tendrán la consideración de aseguradores*”, pero su redacción también presenta problemas interpretativos.

Así, se establece que no tendrán tal calificación “*las personas que (...) presten alguno de los servicios citados en el párrafo anterior*”, que son los profesionales, los de conservación, mantenimiento, reparación y similares, cuando estén “*referidos a asistencia sanitaria, defensa jurídica, asistencia a personas o decesos*”.

Realmente puede considerarse que la distinción establecida en este segundo párrafo puede resultar un tanto reiterativa pues tales situaciones pueden considerarse subsumidas en las previsiones del párrafo primero, ya que si los servicios citados están *per se* excluidos por este último del ámbito del seguro privado, en función de su propio contenido, nunca las personas que los presten podrán tener la condición de aseguradores, cualquiera que sea su naturaleza o forma.

²⁴⁵ Así, GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, José Elías., en “Aspectos técnicos de la legislación de seguro privado”, p.52. Centro de Estudios del Seguro. Madrid 1991, considera que “este precepto resulta sumamente ambiguo, dado que en cualquiera de dichos contratos de abono sería sencillo encontrar un riesgo susceptible de ser técnicamente asegurable. Acogiéndose a esta posibilidad diversas entidades aseguradoras comienzan a ofrecer, por poner un ejemplo, como cobertura complementaria de los seguros multirriesgos del hogar un paquete de garantías que cubren la presencia en la vivienda del asegurado, en 24 horas, de fontaneros, cerrajeros, electricistas, etc. Por ello debe entenderse el precepto, posiblemente, en el sentido de que las actuales empresas de mantenimiento y conservación no necesitan transformarse en entidades aseguradoras, aún cuando estas últimas pueden ofrecer tales servicios entre las coberturas que incluyen sus pólizas”.

D. Calificación de operaciones dudosas

El nº 3 del artº 2 del Reglamento regula el régimen y el procedimiento para la calificación de aquellas operaciones cuya naturaleza como operaciones de seguro privado pudiera resultar inicialmente dudosa.

a. Organo competente

En el primer párrafo del citado nº 3 del artº 2 se dispone que cuando se planteen dudas sobre la calificación de una operación, a efectos de su sometimiento a la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y al Reglamento, estas “*serán resueltas en vía administrativa por el Ministro de Economía*”, y que “*cuando la duda se refiera a si la operación forma parte de la Seguridad Social obligatoria, se solicitará informe previo del Ministerio competente por razón de la materia*”.

Este texto tiene una redacción prácticamente idéntica a la contenida en el nº 5 del artº 2 del Reglamento de 1985, con dos únicas excepciones: la referencia al “Ministerio competente por razón de la materia”, en lugar del “Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, y la eliminación del carácter vinculante que antes tenía el informe previo de dicho Ministerio y que ahora ya no lo tiene.

Por lo demás el precepto ha cambiado poco en cuanto al fondo de la materia regulada la cual planteó en su día a un sector de la doctrina dudas sobre su utilidad práctica y el apoyo legal del precepto reglamentario, así como por no considerar correcta la atribución de competencias que la Administración se irrogaba sobre un tema de contenido jurídico privado ya que “determinar si una concreta operación es o no de seguro, si en ella concurren o no los requisitos previstos en el artº 1º de la Ley 50/80, de Contrato de Seguro, es, por naturaleza, una cuestión jurídico privada, propia de la jurisdicción civil (...) La atribución de esta materia a la competencia administrativa y, en definitiva, a la jurisdicción contencioso administrativa, puede carecer de apoyo legal”²⁴⁶.

No obstante estos reparos pueden perder parte de su virtualidad si consideramos que la Ley de Ordenación vigente al regular las competencias de la Administración General del Estado (Título II, Cap. VIII, Sección 2ª) introdujo novedades en el texto que pueden dar cobertura legal al precepto reglamentario.

Así, la Ley establece en su artº 70.1 que “*el Ministerio de Economía y Hacienda [hoy Ministerio de Economía] velará por el funcionamiento y desarrollo ordenado del mercado de seguros, fomentando la actividad aseguradora, la transparencia, el respeto y adecuación de sus instituciones, así como la correcta aplicación de los principios propios de la técnica aseguradora*”.

La posible proliferación en el mercado de operaciones que, siendo calificables como de seguro privado, pudieran escapar al conocimiento y parecer del Órgano de Supervisión iría en contra del ordenado funcionamiento y desarrollo del propio mercado, desincentivaría la actividad de los aseguradores que legítimamente operan en

²⁴⁶ Vid. al respecto, OLIVENCIA, Manuel, en “Disposiciones...”. Op.cit. pp.165 y 166

el mismo, perjudicaría la transparencia de este y serviría de estímulo negativo para la aplicación de los principios propios de la técnica aseguradora.

Permitir tal situación sería tanto como impedir que la Autoridad de Supervisión pudiera ejercer con eficacia plena las competencias que la Ley le otorga.

Por otra parte, al igual que la Ley de 1985 (artº 46.3), el artº 72.1, parr. segundo, de la Ley vigente dispone que quedan sujetas a la Inspección de Seguros “*quienes realicen operaciones que puedan en principio calificarse como de seguros, para comprobar si ejercen la actividad sin la autorización administrativa previa.*”, lo cual, en caso positivo, llevaría a la nulidad radical de las actividades realizadas, según establece el artº 5.2 de la Ley.

A la vista de lo expuesto no carece de justificación que se otorgue al Órgano de Supervisión la posibilidad de aclarar cual es su parecer en materia tan fundamental, con el fin de que los posibles interesados puedan conocer la misma sin exponerse a que entren en funcionamiento las previsiones legales establecidas para el caso, máxime si se tiene en cuenta que el Reglamento ha incorporado, como novedad frente al de 1985, las normas de procedimiento para evacuar las consultas que se formulen al respecto, que sintetizaremos a continuación, y en las cuales se establece que la contestación que se realice tiene “*carácter de mera información y no de acto administrativo*” y contra la misma “*no podrá entablarse recurso alguno, sin perjuicio de que puedan impugnarse el acto o actos administrativos dictados de acuerdo con los criterios manifestados en la misma*”.

Por todo ello se puede concluir que con la regulación actual el Ministerio de Economía tiene suficiente habilitación legal para pronunciarse sobre si determinadas operaciones son o no de seguro privado, sin que ello suponga merma de las competencias de la Jurisdicción Civil a favor de la Contencioso Administrativa, toda vez que los actos producidos en uso de dicha facultad carecen de la naturaleza de actos administrativos, son meramente informativos y contra ellos no cabe recurso alguno.

b. Procedimiento para la consulta

- Iniciación y legitimación

El procedimiento de consulta deberá iniciarse mediante escrito y estarán habilitadas para ello “*las entidades aseguradoras y cualquier persona que acredite ser titular de un interés legítimo*”, siendo la Dirección General de seguros el órgano competente para la sustanciación del procedimiento.

- Contenido del escrito

Además de los datos necesarios para la identificación de los interesados que formulan la consulta, el escrito deberá expresar “*con claridad y con extensión necesaria los antecedentes y las circunstancias del caso, el objeto de la consulta y los demás datos, elementos y documentos que puedan contribuir a la formación de juicio por parte de la Administración*”.

- Sustanciación y propuesta de resolución

El escrito de consulta será sustanciado por la Dirección General de Seguros la cual, subsanadas en tiempo y forma las deficiencias, si las hubiere, “remitirá las actuaciones, con su propuesta de resolución, al Ministro de Economía y Hacienda”.

- Aplicación del precedente

En la contestación, el órgano competente no estará obligado a aplicar los criterios manifestados en contestaciones a consultas similares evacuadas con anterioridad, si bien deberá motivarse el cambio de criterio.

- Plazo para la notificación

La contestación debe notificarse al interesado “en el plazo máximo de seis meses”, que empezará a contar a partir de la recepción del escrito de consulta en la Dirección General de Seguros o, en su caso, de la subsanación de las deficiencias advertidas.

.- Naturaleza de la resolución y recursos.

La contestación a la consulta tiene “carácter de mera información y no de acto administrativo”, y no cabe recurso alguno contra ella “sin perjuicio de que puedan impugnarse el acto o actos administrativos dictados de acuerdo con los criterios manifestados en la misma”.

1.1.2. Las “demás operaciones enumeradas en el artículo 3” de la Ley: operaciones preparatorias y complementarias de las de seguro y operaciones de prevención.

Según se indicó anteriormente, los números. 3 y 4 del Artº 3 de la Ley hacen referencia a operaciones que no pertenecen “strictu sensu” al contenido propio y exclusivo del concepto de “seguro privado”.

Dichas “demás operaciones”, de acuerdo con el tenor de la Ley, son las siguientes:

“3. Las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro o capitalización que practiquen las entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión.

4. Las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora”.

Por su parte el Reglamento, reproduce en su artº 3 el texto de la Ley, y desarrolla el anterior apartado dedicado a las “*actividades de prevención de daños*” en el sentido de precisar que se trate de actividades “*con utilización de medios propios, tendentes a minorar el riesgo, atenuar o anular las consecuencias del siniestro o fomentar la prevención de daños*”.

También aclara el texto reglamentario que: “*El servicio de asistencia sanitaria estará sujeto a lo dispuesto en la legislación sanitaria correspondiente, sin perjuicio del sometimiento de las entidades aseguradoras que cubran el riesgo a la Ley 30/1995 y a este Reglamento*”.

A. Antecedentes

La actual regulación legal de la materia tiene su precedente en el artº 2. c) de la anterior Ley de 1984 el cual, al regular las operaciones sometidas, incluía “*las actividades preparatorias o complementarias de las de seguro o capitalización que practiquen las Entidades de esta clase en su función canalizadora del ahorro y la inversión, así como sus actividades de prevención de daños.*”.

Esta previsión constituyó, en su día, una novedad que fue calificada por algún sector de la doctrina como de “gran originalidad respecto al Derecho Comparado”²⁴⁷ Tenía como fin principal evitar la rigidez con que se expresaba la Ley de Ordenación de 1954 cuyo artº 14.f) prohibía a las entidades aseguradoras la realización de “*cualquier industria o negocio distinto de los de seguros*”, cuya redacción, en rigor, impedía que las aseguradoras pudieran llevar a cabo, entre otras, actividades tan típicamente relacionadas con el funcionamiento de cualquier empresa como la gestión y administración de las inversiones generadas por su objeto principal, -la actividad aseguradora-, y a las cuales están además obligadas por ley.

B. Análisis de la legislación vigente

La redacción del artº 3 de la Ley al referirse a “*las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro o capitalización que practiquen las entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión*”, aparentemente clara, debe ser analizada con detenimiento pues puede conducir, principalmente, a dos interpretaciones²⁴⁸.

a. Operaciones preparatorias y complementarias

La primera de ellas sería considerar que las operaciones referidas están en todo caso sometidas a la Ley, con independencia de quien las practique, lo cual implicaría que cuando se tratara de entidades no aseguradoras estas deberían solicitar la autorización administrativa pues, de otra manera, no podrían evitar la sanción de nulidad que la Ley establece cuando se carece de aquella.

El parecer anterior podría basarse en que según el artº 2.1.a) de la Ley están sometidas a esta “*las entidades que realicen las operaciones o actividades mencionadas en el artº 3*” y, además, de acuerdo con el artº 5.2 son nulos de pleno derecho “*los contratos de seguro y demás operaciones sometidas*” a la Ley cuando han sido “*celebrados o realizados por entidad no autorizada*”, sin hacer referencia expresa a la clase de “entidad”.

²⁴⁷ Vid. al respecto: TIRADO SUAREZ, F. Javier. “Ley ordenadora...”. Op. cit. Pp. 48 a 50.

²⁴⁸ Vid. al respecto los comentarios de NUÑEZ LOZANO, Mª del Carmen, en “Ordenación y supervisión...”. Op. cit., pp. 74 a 76.

Pero esta conclusión choca con la evidencia de que el artº 6.1 de la Ley solo exige la previa autorización administrativa a las entidades aseguradoras, y no parece lógico pensar en que, a pesar de los problemas interpretativos que puede plantear el texto, el legislador haya podido incurrir en una omisión en tema de tan trascendental importancia.

También hay que considerar que el artº 4 de la Ley, al tratar del ámbito territorial establece que *“las actividades y operaciones definidas en el artículo 3 se ajustarán a lo dispuesto en la presente Ley: 1. Cuando sean realizadas por entidades aseguradora”*, ya sean españolas o extranjeras. Pensamos que la redacción del precepto no deja lugar a dudas sobre que las operaciones mencionadas solo se someterán a la Ley de Ordenación cuando sean practicadas por entidades aseguradoras.

Por otra parte, podría pensarse que el escollo que plantea la indicada sanción de nulidad, (para las operaciones preparatorias, complementarias y de prevención) puede obviarse si interpretamos que el artº 5.2.(primer inciso del primer párrafo) que la regula solo se refiere a las operaciones de seguro y de capitalización²⁴⁹ (que también son de seguro).

Esta interpretación podría estar basada en los términos en que está redactado el resto del indicado párrafo primero del artº 5.2. el cual, al regular los efectos obligacionales indemnizatorios, derivados de las operaciones efectuadas sin autorización, solo se refiere a contratos de seguro. Pero estimamos que no es posible llegar a tal conclusión dada la rotundidad de los términos empleados por la Ley que habla de contratos de seguro y demás *operaciones sometidas* a la misma, y estas son todas las incluidas en su artº 3, que regula precisamente las operaciones sometidas a la Ley.

Otra cosa es que los efectos indemnizatorios específicamente previstos para el contrato de seguro no sean de aplicación en el caso de la nulidad radical que pueda afectar a las operaciones preparatorias o complementarias cuando son efectuadas sin la preceptiva autorización previa.

En este caso, no obstante, sí podría ser de aplicación lo prevenido por el indicado artº 5.2 cuando al final de su párrafo primero, después de establecer la obligación de indemnizar con arreglo a las reglas que rigen el contrato de seguro, establece que ello es *“sin perjuicio del deber de indemnizar los restantes daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar”*, lo cual nos remite a la normas generales indemnizatorias, siendo de esta manera también aplicable lo dispuesto en el último párrafo de dicho artº 5.2. el cual establece que esta *“responsabilidad será solidaria de la entidad y de quienes desempeñando en la misma cargos de administración o dirección hubieren autorizado o permitido la celebración de tales contratos u operaciones.”*

Mantener esta primera interpretación del artº 3.3 según la cual están sometidas a la Ley las operaciones preparatorias o complementarias (de las de seguro, incluida la capitalización) realizadas por entidades no aseguradoras, nos sitúa en un círculo vicioso de difícil solución ya que, por un lado, dichas operaciones son nulas de pleno derecho

²⁴⁹ Vid. nota anterior.

cuando se efectúen sin la previa autorización administrativa y, por otro, la Ley no establece tal obligación más que para las entidades aseguradoras.

Una segunda interpretación del indicado artº 3.3 es la que considera que las operaciones “preparatorias y complementarias” a las que el mismo se refiere solo estarán sometidas a la Ley cuando sean practicadas por entidades aseguradoras en su función canalizadora del ahorro y la inversión.

Creemos que esta es la interpretación más acorde con los fines y la razón de ser de la propia Ley, y que encuentra su apoyo en el propio texto legal al referirse a dichas operaciones como aquellas “*que practiquen*” las entidades aseguradoras, interpretación que, por otra parte viene sustentada por lo dispuesto en los artículos 4 y 6.1 de la Ley, a los que anteriormente se hizo referencia.

Por otro lado el verbo “practicar” es aquí aplicable a “las operaciones preparatorias y complementarias” de las de seguro o capitalización y no a estas últimas, y menos de modo exclusivo.

Pensar, si siguiéramos esta posibilidad, en que están sometidas a la Ley las operaciones que, realizadas por una empresa no aseguradora, sean preparatorias y complementarias de aquellas otras de seguro o capitalización “*que practiquen*” otras entidades, las aseguradoras, en su función canalizadora del ahorro y la inversión significaría, según está redactada la norma, predicar esta última función de las propias operaciones de seguro, que, generalmente, “en sí mismas” no canalizan el ahorro y la inversión.

Tal “canalización” se produce de manera externa a las propias operaciones individualmente consideradas y como consecuencia de ello es por lo que, precisamente, resultan necesarias tales operaciones preparatorias y complementarias.

Para la Ley, como ya vimos anteriormente, el término “operación de seguro” es sinónimo de contrato de seguro y este, individualmente considerado, tiene como función la cobertura de un riesgo por parte del asegurador a cambio del pago de una prima por parte del tomador. Es precisamente la acumulación de estas operaciones en el patrimonio del asegurador, su característica de realizar operaciones en masa, la que genera grandes masas patrimoniales que requieren ser “canalizadas” a través de los adecuados instrumentos de ahorro e inversión con el fin de poder garantizar el pago de las indemnizaciones derivadas de los contratos de seguro.

A la vista de lo expuesto consideramos que la Ley solo declara sometidas a sus preceptos las operaciones preparatorias o complementarias de los contratos de seguro, cuando sean practicadas por entidades aseguradoras.

Ahora bien, es preciso reconocer que aún partiendo de esta posición la redacción del texto legal también plantea ciertos problemas interpretativos ya que, de acuerdo con el mismo, las referidas operaciones preparatorias y complementarias estarán sometidas a la Ley cuando las practiquen las entidades aseguradoras “*en su función canalizadora del ahorro y la inversión*”.

Con ello quedarían fuera del precepto aquellas operaciones preparatorias o complementarias que no tengan relación con dicha función canalizadora del ahorro y la inversión, las cuales podrían quedar prohibidas a las entidades aseguradoras por aplicación del artº 5.1.b) que prohíbe a dichas entidades “*el ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora.*”²⁵⁰.

Ni la Ley ni el Reglamento de Ordenación, como tampoco lo hacía la legislación anterior, definen lo que debe entenderse por *operación preparatoria o complementaria* de las de seguro, ni por *función canalizadora del ahorro y la inversión*.

Nos encontramos, pues, ante un precepto cuyo contenido es de difícil delimitación y que el Reglamento no ha ayudado a aclarar pues este reproduce en esta materia el texto legal, y sus novedades, como se indicó anteriormente, solo se refieren a las actividades de prevención, que más adelante comentaremos, y al servicio de asistencia sanitaria.

La doctrina por su parte ha puesto de manifiesto la dificultad de calificar las operaciones preparatorias al señalar que “*para responder a esta cuestión sería necesario dilucidar la peculiar naturaleza del seguro de que se trate*”²⁵¹, lo cual traslada el tema a una importante casuística que puede dificultar la aclaración de lo pretendido.

Los textos legales que regulan la materia ahora comentada plantean cierto número de interrogantes:

- ¿Qué son operaciones preparatorias?
- ¿Qué son operaciones complementarias?
- ¿Cuáles de ellas pertenecen a la función canalizadora del ahorro y la inversión y cuales no?
- ¿Qué es la función canalizadora del ahorro?
- ¿Cuál es la función canalizadora de la inversión?
- Estas funciones ¿son en todo caso consecuencia de la realización de operaciones en masa?, como señalamos anteriormente, o ¿pueden relacionarse directamente, en ciertos casos, con los contratos de seguro considerados individualmente?
- ¿En qué medida las actividades de prevención pueden conectarse con las operaciones preparatorias o complementarias para dar cobertura legal a estas cuando sean ajenas a la función canalizadora del ahorro y la inversión?
- ¿Pueden existir operaciones preparatorias del contrato de seguro que sean propias e inherentes a la formalización de este último y que, en consecuencia, no necesiten habilitación legal especial para ser practicadas por el asegurador, el cual debería estar, en este aspecto, en las mismas condiciones que resto de los empresarios en cuanto al régimen general de la contratación?

Para contestar a dichas cuestiones habrá que salir, en gran medida, fuera de la normativa de ordenación y acudir, según los casos, a la práctica de la contratación, a la propia normativa sobre el contrato de seguro, al análisis de la interacción macroeconómica

²⁵⁰ Vid. el comentario sobre el tema, de NUÑEZ LOZANO, M^a. José. “Ordenación...”. Op. cit. pp.75 y 76.

²⁵¹ TIRADO SUAREZ, F.J. “Ley ordenadora...”. Op. cit. p. 49.

del sector asegurador con los demás sectores de la economía, a la técnica económico-financiera de funcionamiento de la actividad aseguradora, etc.

Se trata de un conjunto de cuestiones, evidentemente abierto. Su tratamiento excede de los límites de este trabajo, pero la respuesta a las mismas podría ayudar a delimitar una materia cuya importancia está fuera de duda, al incidir en algo tan fundamental como lo es el ámbito objetivo de la Ley y el objeto social de las entidades aseguradoras.

b. Actividades de prevención

A ellas hace referencia el artº 3.4 de la Ley al establecer, como operaciones sometidas a la misma, y en apartado independiente, “*las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora*”.

Además el Reglamento al regular la materia en su artº 3 reproduce el texto de la Ley y añade al mismo “*con utilización de medios propios, tendentes a minorar el riesgo, atenuar o anular las consecuencias del siniestro o fomentar la prevención de daños*”.

La prevención ha sido definida como “el conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación tendentes a evitar o disminuir los daños que, por cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas y los bienes”²⁵².

En la Ley de 1984 (artº 2.c.) la referencia a este tipo de actividades se hacía en el mismo apartado en que se mencionaban las “*actividades preparatorias y complementarias*”, y a continuación de estas, mediante la expresión “, *así como sus* [de las entidades de seguros] *actividades de prevención de daños*”, redacción que, a nuestro juicio, expresaba claramente que se trataba de actividades que quedaban sometidas a la Ley cuando fuesen realizadas por entidades aseguradoras.

La Ley vigente independiza el tratamiento de estas actividades y no aclara quien puede llevarlas a cabo, con lo cual da pie para pensar que, por aplicación del artº2.1.a) de la Ley, quedan sometidas a la misma tales actividades las practique quien las practique y, en consecuencia, para evitar la sanción de nulidad prevista en el artº 5.2. para las operaciones realizadas por entidades no autorizadas, las que realicen operaciones de prevención deberían solicitar la previa autorización del Ministerio de Economía, aunque no fueran entidades aseguradoras²⁵³.

Pero, como antes se indicó para el caso de las “operaciones preparatorias y complementarias”, el artº 6.1. de la Ley solo exige la previa autorización administrativa en

²⁵² CABALLERO SANCHEZ, Ernesto. “*Prevención y seguro*”. Tomo I. V Congreso Mundial de Derecho de Seguros. AIDA. Ponencia General. p 16. Editorial MAPFRE. Madrid, 1978.

Sostiene el autor que “es necesario distinguir entre *prevención, protección y medidas de seguridad* (...) *Prevención*, justamente el concepto amplio a que antes me refería, como conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación cuya finalidad es evitar o aminorar daños (siniestros); *protección*, con un sentido más concreto y formando parte de la prevención, es el conjunto de medios materiales directos que atacan el riesgo para hacerlo desaparecer o reducir al máximo sus consecuencias cuando se transforma en siniestro; *medidas de seguridad* son los instrumentos técnicos en que se concreta la actividad de protección.” Op. cit p. 16.

²⁵³ Vid. al respecto NUÑEZ LOZANO. Mª del Carmen. “*Ordenación* “. Op.cit. pp. 76 y 77.

el caso de las entidades de seguros, y no parece lógico suponer un olvido del legislador en un tema de tanta trascendencia y con tan graves consecuencias jurídicas

Pero, además, creemos que puede encontrarse apoyo en el propio texto legal para sostener que este se refiere a actividades realizadas por entidades aseguradoras, si damos a la expresión “vinculadas a la actividad aseguradora” un correcto significado, pues estas actividades solo tendrían “vínculo” con las operaciones de seguro si son realizadas por el propio asegurador que podría relacionarlas con operaciones concretas e individualizadas (pensemos en un estudio de medios de prevención y seguridad contra el fuego y el robo, relacionado con unas concretas instalaciones que van a ser aseguradas en incendio y robo, lo cual puede ser determinante para la correcta valoración del riesgo y la fijación de la prima a pagar por el tomador).

También abona esta interpretación la aclaración que el Reglamento efectúa al establecer, en su artº 3, que “*quedan sometidas a la regulación de los seguros privados: (...) 4º. Las actividades de prevención de daños vinculadas a la actividad aseguradora, con utilización de medios propios*”, término este último que debe ser interpretado como “medios propios” de las entidades aseguradoras, pues de otra manera carecería de sentido.

No obstante, como antes también quedó indicado, estimamos que es definitivo el tenor del artº 4 de la Ley, según el cual a las operaciones del artº 3 solo les será de aplicación aquella cuando sean realizadas por entidades aseguradoras.

De todo ello cabe deducir que tanto las operaciones preparatorias o complementarias de las de seguro, como las actividades de prevención de daños, estarán sometidas a la Ley de Ordenación cuando sean realizadas por entidades de seguros, y no cuando se lleven a cabo por otro tipo de empresas.

Interpretar la norma de otro modo más extensivo llevaría al absurdo de considerar que deben estar sometidas a la normativa de Ordenación del Seguro Privado, y a la supervisión del Órgano de Control, empresarios, tanto sociales como individuales, dedicados a la fabricación y venta de alarmas e instalaciones de seguridad antirrobo, de extintores, rociadores y sistemas de detección de incendios, de cristales de seguridad, de vigilancia privada, etc., actividades que, por otra parte, están sometidas en muchas ocasiones a normas específicas de funcionamiento y a la supervisión de otros órganos de la administración.

Como se indicó anteriormente, la razón de incluir las operaciones preparatorias o complementarias y las actividades de prevención entre las permitidas a las entidades aseguradoras vino dada en 1984.

También en la Ley vigente se incluyen tales operaciones y actividades, por la necesidad de superar el obstáculo legal que supone la prohibición genérica que pesa sobre los aseguradores de no poder realizar “*cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora*” que, bajo una u otra fórmula, siempre ha sido establecida por la legislación especial.

Pero la Ley vigente, al igual que hizo la de 1984 que introdujo la novedad en nuestro ordenamiento, declara tales actividades sometidas a sus preceptos, necesitadas de

autorización previa e incursas en sanción de nulidad radical si son realizadas careciendo de dicha autorización o, lo que es igual, sometidas al mismo régimen básico de control que las operaciones de seguro.

Este tratamiento es totalmente coherente con las finalidades de la Ley, ya que si bien es cierto que no debe impedirse la posibilidad de que las entidades realicen tales operaciones preparatorias, complementarias o de prevención, ya que estas pueden ser beneficiosas e, incluso, aconsejables para una adecuada gestión de la actividad propiamente aseguradora, no es menos cierto que, en muchas ocasiones, la práctica directa de las mismas por parte de las entidades lleva consigo la asunción de obligaciones y cargas económico-financieras ajenas al negocio estrictamente asegurador, que pueden poner en peligro la solvencia que, en todo momento, deben mantener las entidades de seguros para garantizar los compromisos que asumen como consecuencia de su actividad principal, y no tendría sentido que, por carecer del debido control legal, dicha solvencia pudiera ponerse en peligro a consecuencia de operaciones que aunque beneficiosas y aconsejables, son en definitiva conexas y accesorias de la actividad principal que siempre estaría sometida a dicho control.

1.1.3. Conceptos de “ordenación” y de “supervisión”.

A. Antecedentes

La Ley de 16 de diciembre de 1954 se denominó “sobre *ordenación* de los seguros privados”, la de 2 de agosto de 1984 “sobre *ordenación* del seguro privado” y la vigente de 8 de noviembre de 1995 lleva por título el de “*ordenación y supervisión* de los seguros privados”.

En el título de todas las leyes citadas se repite el término “ordenación”, pero es solo en la de 1995 en la que se incorpora el de “supervisión”, el cual aparece por primera vez con dicha Ley y ha sido considerado como “más acorde con la significación actual del control administrativo en el ámbito del sector financiero y dentro del Espacio Económico Europeo”²⁵⁴.

En ninguna de dichas leyes se define qué debe entenderse por “ordenación”, ni tampoco se aclara en la vigente qué debemos considerar como “supervisión”.

La Ley de 1954 no proporcionaba ningún indicio para esclarecer el contenido de dicho calificativo, con lo que daba pie para interpretar que en tal término quedaba englobado todo el conjunto de disposiciones que la propia ley contenía para regular de manera ordenada la actividad del sector asegurador.

La Ley de 1984 aclaraba en su Exposición de Motivos que “*el control estatal (...) tiene lugar mediante un conjunto de acciones administrativas que establecen los requisitos financieros precisos para concurrir al mercado asegurador; las normas que en los órdenes jurídico, financiero y técnico deben seguir las Empresas para actuar en el mismo; y, por último, la definición de las circunstancias y situaciones determinantes de la salida*

²⁵⁴ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “Justificación de la necesidad de la Ley”, en “*Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*”, p.6. AIDA. Fundación MAPFRE Estudios. Editorial MAPFRE. Madrid, 1997.

del mercado de una Entidad aseguradora cuando carezca de las condiciones mínimas de solvencia.”, con lo cual da la impresión que “control” es sinónimo de conjunto de normas que regulan el acceso, la permanencia y la salida del mercado asegurador o, lo que es lo mismo, el contenido completo de la Ley.

Y no se aclara nada con la referencia que se hace a “conjunto de acciones administrativas”, que podrían ser relacionadas con la actuación administrativa del Órgano de Control, dado que tales “acciones” en ningún caso podrían “establecer” los requisitos de acceso, permanencia y salida del mercado, que son competencia exclusiva de la Ley y nunca producto de la actividad administrativa, sin incluir en tal criterio, como es lógico, la potestad reglamentaria de la Administración Pública que, en cualquier caso, debería siempre respetar los principios de legalidad y jerarquía normativa.

Continúa la Exposición de Motivos de la Ley de 1984 diciendo que *“la presente Ley orienta sus principios en una doble vertiente: ordenación del mercado de seguros en general, y control de las empresas aseguradoras en concreto”*, pero al especificar los objetivos a alcanzar para cumplir con el primer principio, el de establecer la “ordenación” del mercado, cita los de: -normalizar el mercado garantizando la libertad de concurrencia y la ausencia de tratamientos legales discriminatorios; -fomentar la concentración de empresas y la concentración del sector; -potenciar el mercado nacional de reaseguros; -lograr mayor especialización de las entidades, sobre todo en el ramo de Vida y -clarificar el régimen referente a las formas jurídicas. Para lograr tales fines se dictan, de manera muy amplia, las bases de ordenación de los seguros, de acuerdo con lo establecido por el artº149 de la Constitución Española.

Más adelante, al desarrollar el aspecto concreto del “control de empresas” aclara que *“la función de obligada vigilancia por parte de la Administración se basa fundamentalmente en las siguientes directrices”*: -regular las condiciones de acceso y ejercicio de la actividad aseguradora; -sanear el sector evitando, en la medida de lo posible, la insolvencia de las entidades y adoptar, en su caso, las medidas correctoras o rehabilitadoras que procedan; -proteger al máximo los intereses de los asegurados y beneficiarios no solo mediante la actividad de vigilancia sobre las Entidades, sino con medidas específicas al respecto; y, por último, -adaptación de la mediación en seguros y reaseguros a las prácticas internacionales y regulación de la actividad pericial en seguros.

Parece aquí que la finalidad de control queda más relacionada con la actuación administrativa, aunque a la primera de las directrices puede atribuírsele el mismo reparo antes mencionado, referido a que la función de “vigilancia” nunca podrá consistir en “regular condiciones de acceso y ejercicio de la actividad aseguradora”.

Por su parte el artº 1 de dicha Ley establecía que el objeto de la misma era *“establecer la ordenación básica del seguro privado y regular su control”*. La “ordenación” hay que entenderla, según se indicó, en el sentido de “ordenación básica” a los efectos de lo prevenido en el artº 149 de la Constitución que delimita las competencias entre el Estado y las comunidades Autónomas, y el “control” queda recogido en el artº 22.1 de la Ley el cual disponía que *“el ejercicio de la actividad, la situación financiera y el estado de solvencia de las entidades de seguros están sujetos al control de la Administración del Estado, a través de Ministerio de Economía y Hacienda.”*, precepto

que ya enlaza de una manera más clara el concepto de control con la actuación de la Administración en el uso de las facultades que legalmente le son dadas²⁵⁵.

B. Normativa vigente

La Ley de Ordenación de 1995, en su exposición de motivos, utiliza los términos “ordenación y supervisión” donde la de 1984 solo hacía referencia a “control” (apartado 2, párrs. segundo y tercero), lo cual no ayuda a clarificar los conceptos.

El artº 1 de dicha Ley dispone que es objeto de la misma “*establecer la ordenación y supervisión del seguro privado*”, donde la de 1984 se refería a “*establecer la ordenación básica del seguro privado y regular su control*”. Al comparar ambos textos da la impresión de que simplemente se ha producido la sustitución del término “control” utilizado por la Ley anterior por el actual de “supervisión”, con lo cual el contenido de ambos sería el mismo.

En la Sección 2ª, del Capítulo VIII, dedicada a las “Competencias de la Administración General del Estado”, el artº 70 regula el “*Control de la actividad aseguradora*”, el 71 el “*Control de las entidades aseguradoras*”, atribuyéndolo en ambos casos al Ministerio de Economía y Hacienda (hoy Ministerio de Economía), y el artº 72 regula la Inspección de Seguros, adscrita al referido Ministerio.

En el caso del artº 70 el control está fundamentalmente orientado al mercado y sus instituciones y a la correcta aplicación de los principios técnicos de la técnica aseguradora, mientras que el “control” regulado por el artº 71 se orienta a las entidades e incluye tanto el control sobre pólizas, bases técnicas y tarifas, como el control financiero de solvencia. Pero en ambos supuestos lo que prima en el concepto de control es la actuación del órgano administrativo.

No obstante lo anterior, la Ley vigente no ofrece pautas claras que puedan servir para delimitar el contenido de la ordenación y de la supervisión.

La doctrina, por su parte, tampoco expresa una postura uniforme al respecto.

Así un sector de la misma considera que la supervisión “*constituye la idea originaria del texto legal y la que le da su denominación, y, en consecuencia, supone (...) la mayor parte del texto normativo*”²⁵⁶, interpretación con la cual el concepto de supervisión se convierte en un concepto expansivo que englobaría, según esta posición, la totalidad del cuerpo articulado de la Ley y gran parte de sus disposiciones complementarias. Con ello el concepto de supervisión podría subsumir en sí mismo el propio concepto de ordenación y podría haber dado por sí solo título a la Ley, salvo que interpretáramos que este último es el género aplicable a toda la Ley (articulado y resto de disposiciones) y en él se incluye la especie de la supervisión.

²⁵⁵ Vid. VERDERA TUELLS, Evelio. “*Comentarios a la Ley de ordenación...*”. Op. cit. pp. 51 y 52.

²⁵⁶ Vid. al respecto ALMAJANO PABLOS. Luis M. “*Justificación...*”, en op. cit. pp. 9, 19 a 22., en las que el autor considera como expresión de la supervisión a los 89 artículos de la Ley y gran parte de las disposiciones adicionales, transitorias, y finales así como de la disposición derogatoria.

Otro sector, ante la ausencia de criterios legales sobre el tema, aborda la cuestión tratando de diferenciar “ordenación” y “supervisión”, según esté presente o no la actividad de la Administración, y en este sentido se considera ordenación “*la regulación de las condiciones sustantivas de acceso a la actividad aseguradora, de las condiciones de su ejercicio y del régimen de salida del mercado asegurador*”, y supervisión sería “*la actividad administrativa de control y de fiscalización de la observancia de tales condiciones y régimen sustantivo*”²⁵⁷.

Con independencia de que estimemos que dilucidar el alcance y contenido de los conceptos de “ordenación” y “supervisión” es sobre todo un ejercicio de precisión dogmática, importante pero con más contenido teórico que efectos prácticos, nos inclinamos por abordar el tema con el enfoque dado por la segunda de las posiciones indicadas.

Así, desde nuestro punto de vista, puede considerarse que normas de “ordenación” son todas aquellas que establecen el régimen de acceso, permanencia y salida del mercado asegurador y que podrían subsistir aunque no existiese la actividad de fiscalización administrativa, mientras que normas de “supervisión” serán aquellas en las que la actuación del órgano administrativo es elemento determinante y esencial para la existencia de las mismas.

Esto nos conduce a la doble naturaleza jurídica que tienen la legislación aseguradora privada, y por consiguiente el denominado Derecho del Seguro Privado, como conjunto normativo compuesto tanto por normas de Derecho Privado mercantil como por disposiciones de Derecho Público administrativo²⁵⁸.

Desde este punto de vista una típica norma de ordenación, de pleno carácter mercantil, jurídico-societario, sería la que establece que los capitales sociales de las sociedades anónimas aseguradoras deben tener unas cuantías mínimas determinadas, que difieren de lo exigido al respecto por la Ley de Sociedades Anónimas, norma que, en sí misma, puede manifestar su eficacia sin necesidad de actuación administrativa alguna. Por el contrario, una norma con evidente naturaleza jurídico-pública administrativa lo sería la que impone que para acceder al mercado es necesaria la previa autorización administrativa, norma cuya esencia y aplicación requiere ineludiblemente la actuación del órgano administrativo.

No obstante, tratar de precisar en el texto legal qué preceptos pertenecen a una u otra categoría no daría, en ningún caso, un resultado de agrupación coherente de los contenidos, dada la frecuencia y facilidad con que estos, con independencia de su naturaleza pública o privada, se entrecruzan y combinan a lo largo de todo el articulado, y, por ello, no aportaría resultados prácticos y útiles para el análisis de la norma.

²⁵⁷ NUÑEZ LOZANO, M^a del Carmen. “*Ordenación...*”. Op. cit. p. 67.

²⁵⁸ Vid. al respecto SANCHEZ CALERO, Fernando. “*Curso de derecho del seguro privado*”. Ediciones NAUTA. Bilbao 1961, pp. 14 y ss., en el que se define el Derecho del Seguro Privado como “conjunto de normas que específicamente disciplinan el estatuto del empresario del seguro privado, el de sus colaboradores y el contrato de seguro.”, y se trata la doble naturaleza pública y privada de dicho conjunto normativo.

En consecuencia cabe calificar, de forma genérica, como normas de ordenación a aquellas que podrían inscribirse en el ámbito del Derecho Mercantil y pueden ser aplicadas sin necesidad de que se produzcan actuaciones administrativas, mientras que las normas de supervisión se caracterizarían por requerir la actuación de un órgano administrativo, lo cual les hace entrar de lleno en la órbita del Derecho Administrativo.

Esta última conclusión parece conectar con la literalidad de la propia Ley cuando regula en su artº 72.7 el procedimiento administrativo “*de supervisión, cuando haya actuación de la inspección*”, y pocas actuaciones administrativas ponen tan de manifiesto la evidencia de la intervención de la Administración como las actuaciones materiales de inspección cerca de los administrados.

Para finalizar este punto no podemos dejar de señalar que posiblemente la Ley no se planteó el uso de los términos “ordenación” y “supervisión” como términos dotados de un significado y contenido concretos y diferenciados, y ello es plausible ya que, como señalamos anteriormente, si comparamos la dicción del artº 1 referente al objeto de la Ley vigente con la de su equivalente de la de 1984, vemos que lo que se ha producido es la sustitución del término “control” que usaba esta última por el de “supervisión” que utiliza la actual y lo mismo ocurre en las respectivas exposiciones de motivos. La novedad en la Ley de 1995 es que el término “supervisión” pasa al título de la norma, mientras que la de 1984 no incluía el término “control” en su denominación.

Que ni la Ley vigente ni la anterior tenían la intención de dotar a los términos “ordenación”, “control” y “supervisión”, de un contenido delimitador de cada uno de ellos puede quedar también de manifiesto por el hecho de que ambas consideran, en sus exposiciones de motivos, que “*la legislación reguladora del seguro privado constituye una unidad institucional (...) integrada*” (“ordenada” dice la Ley de 1984) *por normas de Derecho privado y de Derecho público*”, visión unitaria del legislador que puede justificar que carezca de sentido práctico tratar de aislar qué normas concretas pertenecen al ámbito jurídico público o al jurídico privado.

1.2. Ámbito subjetivo y principio de reciprocidad.

1.2.1. Ámbito subjetivo

El artº 2 de la Ley dispone que quedan sometidos a sus preceptos:

“a) Las entidades que realicen las operaciones o actividades mencionadas en el artículo 3.

b) Las personas físicas o jurídicas que, bajo cualquier título, desempeñen cargos de administración o dirección de las entidades aseguradoras; los profesionales y entidades que suscriban los documentos previstos en la presente Ley o en sus disposiciones complementarias de desarrollo; los liquidadores de entidades aseguradoras; y aquellas personas para quienes legalmente se establezca alguna prohibición o mandato en relación con el ámbito objetivo de la presente Ley.

c) Las organizaciones constituidas con carácter de permanencia para la distribución de la cobertura de riesgos o la prestación a las entidades aseguradoras de

servicios comunes relacionados con la actividad aseguradora, cualquiera que sea su naturaleza y forma jurídica”.

Seguidamente pasamos a comentar el texto legal.

A. Entidades aseguradoras

Respecto a las entidades sometidas a las que hace referencia el indicado apartado a) serán aquellas que realicen operaciones de seguro directo (vida y no vida) y reaseguro, así como las preparatorias o complementarias de éstas y las de prevención que, como se indicó anteriormente, solo se conciben sometidas a la Ley de Ordenación cuando sean practicadas por entidades aseguradoras.

Tales entidades serán las que adopten alguna de las formas jurídicas admitidas por la Ley en su artº 7.1. en el caso de entidades privadas las de sociedad anónima, mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social, y en el supuesto de entidades públicas las que adopten cualquier forma de Derecho Público También deben ser incluidas en este apartado las entidades domiciliadas en alguno de los países del Espacio Económico Europeo, por las operaciones que realicen en España, y las sucursales de entidades domiciliadas en terceros países, ajenos a dicho Espacio Económico.

B. Otras personas físicas o jurídicas

En cuanto a las personas sometidas a la Ley a que se refiere el apartado b) del citado artº 2, nos encontramos ante las siguientes situaciones:

a. Las personas físicas o jurídicas que, bajo cualquier título, desempeñen cargos de administración o dirección de las entidades aseguradoras;

Fue la Ley de 1984 la que incluyó por primera vez el sometimiento de este tipo de personas a los preceptos de la legislación de ordenación.

El artº 4.b) de dicha Ley se refería a *“las personas y los órganos encargados de la dirección, representación o administración de las entidades”.*

La Ley vigente ha querido aclarar que las personas sometidas son tanto las físicas como las jurídicas y también ha eliminado la referencia a los “órganos” y a la función de “representación”.

Las modificaciones operadas en la redacción de ambas normas debe enmarcarse en el hecho de que, además de la finalidad de incorporar el Ordenamiento Comunitario, otra de las finalidades de la nueva Ley, tal y como ha señalado un sector de la doctrina, es la de aprovechar la experiencia práctica derivada de la aplicación de la Ley anterior²⁵⁹.

²⁵⁹ En este sentido ALMAJANO PABLOS señala que “pese a que pomposamente la exposición de motivos se refiere a esta materia como *bloque de modificaciones normativas [que] viene exigido, no por la adaptación o incorporación de directivas de la Unión Europea, sino por, en mayor o menor medida, la línea de convergencia que se han trazado los países miembros del Espacio Económico Europeo, (...) la realidad es netamente distinta. La inspiración del resto de los mandatos normativos que no suponen una*

En el caso de la expresa referencia a personas “físicas y jurídicas” y de la supresión de los “órganos” sociales como sujetos de responsabilidad, las modificaciones introducidas en la nueva Ley adaptan su contenido en esta materia a lo preceptuado al respecto por el artº 130.1. de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual establece que *“solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos aún a título de simple inobservancia”*, y por otro lado el nº 3 de dicho artículo dispone que *“cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las infracciones que se impongan”*.

Para determinar cuales son los cargos de administración o dirección a los que se refiere la Ley hay que acudir a su artº 15, que se refiere a *“quienes lleven la dirección efectiva”* de las entidades, en relación con el artº 40.1. de la misma que, al regular las infracciones administrativas, establece que se considerarán *“cargos de administración”* los administradores o miembros de los órganos colegiados de administración, y *“cargos de dirección”* los directores generales o asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados del mismo.

La inclusión de este tipo de personas en el ámbito subjetivo de la Ley ha sido calificada de tautológica, por considerar que su no inclusión en el citado artº 2 no habría significado su no sometimiento a la misma, a la vista de lo que esta dispone en sus artículos 15, 40 y 42²⁶⁰.

No obstante pensamos que la expresa inclusión de los cargos de administración y dirección en el ámbito subjetivo de la Ley, al igual que ocurría en la de 1984, refuerza la finalidad de la norma al resaltar la importancia del tratamiento que se da a la responsabilidad que dichos cargos ostentan en la gestión de las entidades, sometidos a la Ley (artº 2), exigiéndoles una serie de requisitos para su nombramiento (artº 15), obligando a su inscripción en un registro público especial (artº 74), o aplicándoles, en su caso, las medidas de control especial (artº 39) o las sanciones previstas por la Ley (arts. 40 y ss.).

La razón fundamental de dicho tratamiento, como ha resaltado un sector de la doctrina refiriéndose a la Ley de 1984, radica en que *“se trata de una dura regulación, que pretende, descorriendo el velo de la personalidad jurídica, descubrir los verdaderos autores de los actos ilícitos de la entidad aseguradora, a los que se imponen sanciones*

mera reproducción de la legislación anteriormente en vigor, no está fundada en un hipotético programa de convergencia, sino que constituyen un bloque heterogéneo de mandatos normativos cuya idea inspiradora o denominador común es el contraste entre la norma en vigor en la legislación precedente y la experiencia práctica adquirida en la aplicación de dicha norma en un periodo más o menos dilatado de tiempo para, por un lado rectificar las deficiencias puestas de manifiesto en dicha aplicación y, fundamentalmente y de otra parte, adecuar el mandato normativo a la realidad socioeconómica actual de la actividad aseguradora en España”. “Justificación...”. Op. cit. pp. 14 y 15.

²⁶⁰ Vid. Al respecto los comentarios de NUÑEZ LOZANO, M^a de Carmen., en “Ordenación y supervisión...”. Op. Cit. ,pp. 77 y 78.

adecuadas al desarrollo de un auténtico Derecho administrativo sancionador, en orden a la corrección de conductas lesivas para la sociedad”²⁶¹.

Y no debe olvidarse, añadiríamos, que a la postre la ficción de la personalidad jurídico-social, tan útil y decisiva para el moderno tráfico jurídico mercantil, no otorga a ésta la posibilidad material de poder actuar y decidir. Son las personas, individual o colectivamente, las que tienen únicamente tal capacidad de acción y decisión y es esta capacidad, precisamente, el único motor que puede llevar a la toma de las decisiones en la gestión de las entidades, decisiones que si están adoptadas en contra de lo requerido por el ordenamiento jurídico o en perjuicio de los intereses de la propia entidad, en especial las que puedan afectar negativamente a la solvencia de la misma, deben generar la correspondiente responsabilidad por parte de quien las adoptó.

b. Los profesionales y entidades que suscriban los documentos previstos en la presente Ley o en sus disposiciones complementarias de desarrollo.

Se trata de los profesionales o entidades a los que se refiere la disposición Adicional Quinta de la Ley bajo la rúbrica de “colaboradores en la actividad aseguradora”: peritos de seguros, comisarios de averías y liquidadores de averías; auditores; sociedades de tasación de bienes inmuebles; y actuarios.

c. Los liquidadores de entidades aseguradoras.

Estas personas no se mencionaban expresamente en el artº 4 de la Ley de 1984, aunque esta, al igual que la vigente (artº 27.3.) sí regulaba en su artº 31.7. las particularidades del régimen jurídico de nombramiento, revocación, responsabilidad, competencia y funciones.

A la inclusión de este tipo de personas en el ámbito subjetivo de la Ley se le han imputado las mismas críticas que a la de los administradores²⁶².

d. Aquellas personas para quienes legalmente se establezca alguna prohibición o mandato en relación con el ámbito objetivo de la presente Ley.

Esta referencia se encontraba ya incluida en el artº4.1.b), inciso final, de la Ley de 1984, si bien con una redacción algo diferente ya que se hablaba de “*personas para quienes legalmente se establezca alguna prohibición o mandato*”.

Ya entonces fue criticada por la doctrina la redacción del precepto por utilizar lo que se consideró como “una técnica ciertamente vituperable”, ya que “parece que los redactores del Proyecto buscaron una cláusula residual o de salvaguardia, innecesaria desde el punto de vista de la técnica legislativa, para poder incluir a toda persona, física o jurídica, a la que se le impusiera una prohibición o mandato, lo cual ya estaba implícito en la eficacia general de toda norma jurídica”²⁶³.

²⁶¹ TIRADO SUAREZ, F. Javier. “Ley ordenadora...”. Op. Cit. P. 87.

²⁶² Vid. NUÑEZ LOZANO, Mª del Carmen. “Ordenación...”. Op. cit. pp. 77 y 78.

²⁶³ TIRADO SUAREZ, F. Javier. “Ley ordenadora...”. Op. cit. p. 88.

La Ley vigente reproduce el texto de la anterior si bien le añade la precisión de que la prohibición o mandato a que se refiere debe estar “*en relación con el ámbito objetivo*” de la misma, al que ya se hizo referencia; aclaración esta que si bien precisa más la naturaleza y contenido de la posible prohibición o mandato, no soluciona, según un sector de la doctrina²⁶⁴, el problema de fondo de la defectuosa técnica legislativa utilizada.

C.. Organizaciones para la distribución de la cobertura de riesgos o la prestación de servicios comunes

La Ley declara sometidas a sus preceptos a “*las organizaciones constituidas con carácter de permanencia para la distribución de la cobertura de riesgos o la prestación a las entidades aseguradoras de servicios comunes relacionados con la actividad aseguradora, cualquiera que sea su naturaleza y forma jurídica*”.

Se utiliza una redacción igual a la de la Ley de 1984, con excepción de dos pequeñas modificaciones: la inclusión del término “entidades” al referirse a las aseguradoras y la sustitución de la frase “configuración jurídica” por la de “naturaleza o forma jurídica”, que precisan el texto anterior pero no añaden sustancialmente nada nuevo.

La diferencia fundamental entre la regulación de la Ley de 1984 y la vigente está en que mientras la primera de ellas exigía la autorización previa (artº 6.2.), la actual establece expresamente en su artº 6.8 que dichas organizaciones “*no precisarán autorización administrativa previa*”, si bien, al igual que las agrupaciones de interés económico y las uniones de empresas que puedan crear las entidades aseguradoras, “*deberán comunicarlo a la Dirección General de Seguros con una antelación de un mes a la iniciación de la actividad*”.

La Dirección General de Seguros podrá suspender las actividades o requerir modificaciones en las mismas cuando apreciara que no se ajustan a los preceptos reguladores de la ordenación y supervisión de la actividad aseguradora o a las normas de contrato de seguro.

Lo que no aclara la Ley es cuales son las consecuencias si no se cumplen la orden de suspensión y los requerimientos del Órgano de Control. En principio, a la vista de que el artº 40.1., que establece las infracciones administrativas, al determinar las entidades y personas que pueden incurrir en responsabilidad no cita a este tipo de organizaciones, la conclusión debe ser que tales conductas no son sancionables, salvo que, como ha expresado un sector de la doctrina, se admita la posibilidad de que la orden de suspensión de actividades o el requerimiento sean dirigidos a las entidades aseguradoras que participen en tales actividades²⁶⁵.

En cuanto a determinar cuales son este tipo de organizaciones, hay que señalar en principio que la Ley exige que estas posean carácter de permanencia. Por ello no podrán estar incluidas en tal tipología aquellas que se constituyen para dar satisfacción a necesidades temporales tales como las derivadas de la gestión del seguro en un Mundial

²⁶⁴ Vid. NUÑEZ LOZANO, Mª del Carmen. “*Ordenación...*”. Op. cit. p. 78.

²⁶⁵ Vid. NUÑEZ LOZANO, Mª del Carmen. “*Ordenación...*”. Op. cit. p. 79. Nota 18.

de Fútbol²⁶⁶, en unas Olimpiadas, Exposiciones Internacionales y eventos similares, en los cuales si bien se pueden plantear necesidades de cobertura de riesgos de muy distinta naturaleza y con grandes cuantías de capitales asegurados, tales necesidades solo existen durante un periodo de tiempo determinado, transcurrido el cual la organización u organizaciones creadas para dar satisfacción a las mismas se extinguen por lo cumplimiento del objeto concreto para el que fueron constituidas.

Exige la Ley, además, que tales organizaciones se dediquen a “la distribución de la cobertura de riesgos” o a prestar a las entidades aseguradoras “servicios comunes relacionados con la actividad aseguradora”, y todo ello “cualquiera que sea su naturaleza y forma jurídica”.

1.2.2. Principio de reciprocidad y colaboración con autoridades extranjeras

A. Principio de reciprocidad de trato

El principio internacional de trato recíproco ya venía reconocido por la Ley de 1954 (artº 5.5.)²⁶⁷ y por la de 1984 (artº 5, párr. primero, inciso segundo)²⁶⁸.

La Ley vigente regula la materia en su artº 2.2. después de tratar el ámbito subjetivo de la misma, disponiendo a tales efectos que:

a. *“Cuando de hecho o de derecho en terceros países ajenos al Espacio Económico Europeo se exija a las entidades o personas físicas españolas, [las sometidas a la Ley según el artº 2.1.], mayores garantías o requisitos que a sus nacionales, o se les reconozcan menores derechos, el Ministro de Economía (...) establecerá, en régimen de reciprocidad, otras condiciones equivalentes en sus términos o en sus efectos para las entidades o personas físicas nacionales del país de que se trate.*

b. *Tratándose de entidades aseguradoras, lo dispuesto en la letra a) se aplicará únicamente a las sucursales de terceros países no miembros del Espacio Económico Europeo.*

Estos preceptos regulan el principio de reciprocidad de trato con su enfoque habitual, si bien el ámbito territorial sobre el que aplica varía sustancialmente.

Nótese que la Ley no habla de países “extranjeros” sino de “terceros países ajenos al Espacio Económico Europeo” o “no miembros” de dicho Espacio, dentro del cual, por aplicación de la normativa comunitaria no puede regir dicho principio, el cual ya fue

²⁶⁶ Vid. al respecto TIRADO SUAREZ. F. Javier. “*Ley ordenadora...*”. Op. cit. p. 86.

²⁶⁷ Decía este artículo que “cuando en los países de origen de las entidades extranjeras solicitantes se exija a las españolas mayor depósito que el establecido para las nacionales, el Ministerio de Hacienda, a propuesta de la Dirección General de Seguros y Ahorro, podrá elevar los depósitos que las referidas entidades deban constituir en España, en cuantía proporcional al que a las entidades españolas se les exija en el país respectivo”.

²⁶⁸ Es te artículo establecía que “no obstante cuando de hecho o de derecho en los países de origen de dichas entidades o personas se exija a las españolas mayores garantías o requisitos que a las nacionales o se les reconozca menores derechos, el Ministerio de Economía y Hacienda deberá establecer, en régimen de reciprocidad, otras condiciones equivalentes en sus términos o en sus efectos para las del país de que se trate”.

eliminado de la Ley de 1984, para el ámbito territorial de la Comunidad Económica Europea, a consecuencia del R.D. Legislativo 1255/1986, de 6 de junio, por el que se modificó dicha Ley para adaptarla a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a dicha Comunidad.

Así pues, solo las entidades y personas domiciliadas en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo pueden ser calificadas de extranjeras a estos efectos y, en consecuencia, solo a ellas les será de aplicación el principio de reciprocidad de trato.

Por otro lado para determinar que existe desigualdad de trato basta con que esta esté basada en exigencias “de hecho o de derecho”. No es necesario, pues, que tal desigualdad se fundamente únicamente en una disposición legal ya que sería suficiente con que estuviera basada en prácticas de las administraciones públicas o incluso institucionales o de mercado.

La desigualdad puede manifestarse bien porque a los nacionales españoles se les exija, en comparación con los del país de que se trate, “mayores garantías o requisitos”, lo cual hace referencia tanto a las garantías de índole económica y financiera como a los requisitos formales y administrativos, o bien porque “se les reconozcan menores derechos” tales como, por ejemplo, limitaciones en el objeto social o en el ámbito territorial de operaciones.

Cuando se produjera en dichos países un trato desigual aplicado a los nacionales españoles, el Ministerio de Economía “establecerá” otras condiciones equivalentes, en sus términos o en sus efectos para los nacionales del país en cuestión.

Conviene resaltar que la Ley no deja espacio discrecional a la Autoridad de Control española para determinar o no tales “condiciones equivalentes”, las cuales, por tratarse de un mandato normativo, habrán de establecerse necesariamente cuando se manifieste el trato desigual. Esta imperatividad ya se estableció en la Ley de 1984, la cual disponía en su artº 5 que el Ministerio “deberá adoptar” tales medidas cuando se produjeran las previsiones legales, mientras que la de 1954 confería tal potestad con carácter discrecional.

Por último, la Ley dispone que cuando se trate de entidades aseguradoras el principio de reciprocidad se aplicará únicamente a las sucursales de terceros países no miembros del Espacio Económico Europeo. Ello supone no aplicar tal principio cuando una entidad extranjera pretenda operar en España constituyendo una sociedad anónima de nacionalidad española.

B. Colaboración de la Autoridad de Control española con las autoridades extranjeras

La Ley también establece, en el artº 2.2.b), un principio de colaboración recíproca de la Dirección General de Seguros con las Autoridades Supervisoras de países ajenos al Espacio Económico Europeo (la colaboración con las Autoridades de los países pertenecientes a dicho Espacio se contiene principalmente en el Título III, Capítulo I, arts. 78 a 86 que regulan la actividad en España de dichas entidades tanto en régimen de derecho de establecimiento como en régimen de libre prestación de servicios).

A tales efectos la Ley dispone que *“la Dirección General de Seguros colaborará con las autoridades supervisoras de terceros países ajenos al Espacio Económico Europeo siempre que exista reciprocidad y dichas autoridades estén sometidas al secreto profesional en condiciones que, como mínimo, sean equiparables a las establecidas por las leyes españolas”*.

Los términos de la Ley son imperativos y no parecen dejar margen a la discrecionalidad ya que utiliza el término “colaborará”. Tal obligación se exige con las únicas condiciones de que exista una situación de reciprocidad de trato entre España y el país de que se trate, y de que en éste las autoridades estén sometidas al secreto profesional en condiciones que, al menos, sean equiparables a las exigidas por el ordenamiento español.

Pero cumplidas tales condiciones, en cuya constatación si puede existir un margen de discrecionalidad administrativa, de la redacción del precepto se deduce que, en todo caso, las autoridades españolas estarán obligadas a prestar tal colaboración.

Quizás para evitar entrar en una casuística siempre incompleta, ni la Ley ni el Reglamento contienen ninguna aclaración sobre posibles supuestos en los que pueda entrar en funcionamiento la colaboración del órgano de control español ni el alcance y amplitud de ésta.

No obstante puede mantenerse que la citada obligación de colaboración siempre nacerá cuando las autoridades del país extranjero se dirijan a la autoridad española en demanda de la misma. Será entonces cuando deberá comprobarse si se cumplen las condiciones exigidas por la Ley para prestar tal colaboración, entre las cuales, a nuestro entender, debe tenerse en consideración la reciprocidad de comportamiento de la autoridad extranjera ante una solicitud similar por parte de la española.

1.3. Operaciones prohibidas y sanción de nulidad

1.3.1. Operaciones prohibidas

El artº 5.1. de la Ley regula la materia estableciendo lo siguiente:

“Quedan prohibidas a las entidades aseguradoras, y su realización determinará la nulidad de pleno derecho de las mismas, las siguientes operaciones:

- a) Las que carezcan de base técnica actuarial.*
- b) El ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora.*

No se entenderá incluida en tal prohibición la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución de los servicios producidos por éstas.

c) Las actividades de mediación en seguros privados definidas en la Ley 9/1992, de 30 de abril de Mediación en Seguros Privados”.

Con alguna pequeña modificación en la redacción, estas operaciones prohibidas ya se encontraban incluidas en la Ley de 1984.

A continuación comentaremos cada una de ellas:

A. Operaciones sin base técnica actuarial

Ya en su día la doctrina, en referencia a la Ley de ordenación de 1984, señaló la dificultad de interpretación que plantea este precepto.

Así, se consideró que “su sentido y alcance no es del todo claro, sin embargo debe referirse no a toda operación que carezca de base técnica actuarial, puesto que existen actividades aseguradoras extraactuariales, como la prevención de daños. Parece que debe referirse a las operaciones de seguros que no tengan base actuarial, es decir los juegos y apuestas que hipotéticamente pudiera realizar una entidad aseguradora”²⁶⁹.

Otro sector de la doctrina señaló que “prohibiendo la contratación de operaciones sin base técnica el legislador persigue fundamentalmente dos objetivos:

- en primer lugar, que ninguna modalidad de seguro escape de su control previo, por cuanto este documento [*-la base técnica-*] debe ser presentado a la administración antes de la contratación de cualquier póliza.

- en segundo lugar, y más importante, al ser una de las partes fundamentales de la base técnica la información estadística sobre el riesgo, se pretende evitar la contratación de operaciones cuyas primas no aparezcan justificadas, de tal forma que desviaciones en la siniestralidad pudieran generar problemas de solvencia en el asegurador. El seguro no es un juego de azar, sino un instrumento para hacer frente técnicamente al riesgo”²⁷⁰.

También se ha considerado, después de publicada la Ley vigente, que al prohibirse las operaciones que carezcan de base técnica actuarial, lo que se “plantea es la cuestión de la delimitación de la operación de seguro respecto de la que no lo es, debiendo determinarse a través de un informe técnico actuarial”²⁷¹.

Como hemos visto la Ley prohíbe a las entidades aseguradoras realizar operaciones “que carezcan de base técnica actuarial”, y una de las dudas que se plantean es si se está refiriendo solo a operaciones de seguro o están incluidas operaciones de otro tipo.

Creemos que en la prohibición legal se contienen tanto unas como otras.

²⁶⁹ Vid. TIRADO SUAREZ. F. Javier. “*Ley ordenadora...*”. Op. cit. p. 52.

²⁷⁰ GALLEGOS ROMERO. J.E. “*Aspectos técnicos...*”. Op. cit. pp.48 y 49.

²⁷¹ TIRADO SUAREZ. F. J. “Acceso a la actividad aseguradora. Capitales mínimos y plazos de adaptación. La nueva delimitación del ámbito de aplicación legal”, en Manual de la nueva ley del seguro. “*Análisis y comentarios de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*”. Vv.aa.. EXPANSIÓN - COOPERS & LYBRAND. Madrid 1995.

Ello permite, que aquellas operaciones de seguro que pudiendo tener base técnica no la tienen, por no haberse realizado los estudios y cálculos que la normativa exige, carezcan de cobertura legal por falta de garantía técnica. En consecuencia dichas operaciones no podrán ser realizadas ni siquiera por entidades que tuvieran autorización para operar en el ramo al que pudieran pertenecer tales operaciones, y en caso de realizarse estas, como comentaremos más adelante, serían nulas de pleno derecho a pesar de estar la entidad autorizada en el ramo.

Por otra parte, existen innumerables operaciones no aseguradoras de producción y comercialización de bienes y servicios que, intrínsecamente, no pueden tener base técnica actuarial. Estas estarían, en todo caso, prohibidas a las entidades aseguradoras, con excepción de aquellas que expresamente les permite la Ley, según tratamos anteriormente. En este capítulo quedarían incluidas las actividades de juego y apuesta.

Lo anterior no contradice el hecho de que, como trataremos a continuación, las entidades aseguradoras también tienen prohibida la práctica de cualquier otra actividad “comercial” y la prestación de “garantías” distintas de las propias de la actividad aseguradora. Y ello es así ya que los términos en que está expresada dicha prohibición podrían dejar fuera, por ejemplo, determinados tipos de operaciones financieras que carecen de base técnica actuarial y no son calificables ni como comerciales ni como de garantía. Operaciones sobre las que, de no interpretar la norma en el sentido expresado, podría plantearse la duda de si quedan o no vedadas, en principio, a las entidades de seguros.

B.. Ejercicio de cualquier otra actividad comercial y prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora.

a. Planteamiento general

Estamos ante una prohibición tradicional en nuestro ordenamiento que, con variaciones en su formulación, ya venía impuesta por la Ley de 1954 (artº 14.f.)²⁷² y por la de 1984 (artº 3.c.)²⁷³.

La razón fundamental de esta prohibición radica en la exigencia de que las entidades aseguradoras se dediquen, en exclusiva y de forma especializada, a la práctica del negocio asegurador, con el fin de que los recursos financieros que los asegurados aportan se dediquen, también exclusivamente, a garantizar los compromisos derivados de los contratos de seguro, sin que puedan ser desviados a otros fines que pudieran poner en peligro la solvencia de las entidades frente a los asegurados.

²⁷² Dicho artículo establecía que: “Se prohíbe a las entidades de seguros”...”cualquier industria o negocio distinto de los de seguros”.

²⁷³ El citado artículo establecía, en su redacción original, que: “Se prohíbe a las entidades aseguradoras efectuar las operaciones siguientes: (...) El ejercicio de cualquier industria o actividad y la aceptación de responsabilidades o el otorgamiento de avales o garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora, salvo que hayan obtenido autorización del Ministerio de economía y Hacienda y, en su caso, de los Ministerios competentes”.

La Ley vigente ha suprimido las referencias a “industria”, a la “aceptación de responsabilidades” y a los “avales”, y ha concretado que las “actividades” prohibidas son las “comerciales”.

También no solo ha suprimido la posibilidad de que tales operaciones prohibidas pudieran ser autorizadas por el Ministerio, sino que además impone la sanción de nulidad radical de las mismas en el caso de que fuesen realizadas. Con ello, en esta categoría de actividades prohibidas, se ha pasado de una situación de prohibición que podríamos calificar de “mitigada”, ya que podía ser evitada previa autorización administrativa y que, además, su contravención conllevaba la calificación de infracción administrativa, a otra situación de extremo rigor en la que no cabe la autorización administrativa para excepcionar la prohibición y su contravención, al igual que en el resto de operaciones prohibidas, lleva aparejada la máxima sanción legal de la nulidad de pleno derecho.

Con la Ley vigente el ámbito de esta prohibición queda circunscrito al *ejercicio de cualquier otra actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora*.

Existen en este apartado dos conceptos: las actividades comerciales y la prestación de garantías, que estarán vedados a las entidades de seguros siempre que sean distintas a las propias de la actividad aseguradora.

La delimitación de las “actividades” prohibidas a aquellas que sean “comerciales”, con la excepción de las que la propia Ley autoriza expresamente y que más adelante comentaremos, ha sido interpretada por un sector de la doctrina como una forma de admitir la actividad financiera de los aseguradores.²⁷⁴

Por otra parte, el que la Ley vigente haya suprimido los “avales” como operación prohibida ha sido considerado como una habilitación para que las entidades aseguradoras puedan realizar estas operaciones²⁷⁵, aunque si atendemos a los criterios interpretativos que un sector de la doctrina manifestó en su día al comentar la Ley de 1984, podría considerarse que la eliminación del término aval se ha producido solo con el fin de evitar una redundancia, ya que, según aquella: “el aval es ya una garantía. La ley ha querido prohibir la prestación de cualquier tipo de estas, sean personales (fianzas, avales), sean reales (prenda o hipoteca de toda clase), siempre que sean distintas de las propias de la actividad aseguradora”²⁷⁶.

b. Delimitación del concepto legal de actividad aseguradora

El eje central de esta prohibición lo constituye la cualidad de que las operaciones citadas por la Ley para que resulten prohibidas deben ser “distintas a las propias de la actividad aseguradora”, usando una terminología idéntica a la de la Ley de 1984 y convirtiendo, así, en clave para poder interpretar el precepto la delimitación de qué se debe entender por “actividad aseguradora”.

²⁷⁴ TIRADO SUAREZ, F.J. “Acceso a la actividad...”. Op. cit. p.87.

²⁷⁵ TIRADO SUAREZ, F.J. “Acceso a la actividad...”. Op. cit. p.87.

²⁷⁶ OLIVENCIA, M. “Comentarios a la Ley de ordenación...”. Op. cit.p.164.

Una primera posición podría ser la de considerar que por “actividad aseguradora” debe entenderse, “*stricto sensu*”, la típicamente considerable como tal, o sea las “*actividades de seguro directo de vida, de seguro directo distinto del seguro de vida, y de reaseguro*”, así como las “*operaciones de capitalización*” (que son realmente una modalidad del seguro de vida), a las cuales hace referencia el artº 3, ns. 1 y 2 de la Ley.

Esta interpretación puede tener su apoyo en el artº 6 de la Ley que establece como uno de los requisitos para obtener la autorización el de “limitar su objeto social a la *actividad aseguradora y a las operaciones definidas en el artº 3* de la presente Ley, con exclusión de cualquier otra actividad comercial, en los términos de los artículos 5 y 11 de la misma”.

Parece, pues, que la Ley distingue en este precepto entre dos ámbitos de actividad: la “actividad aseguradora” y las “operaciones definidas en el artº 3”, con un cierto nivel de imprecisión, hay que reconocer, ya que entre las operaciones definidas en dicho artículo se encuentran incluidas también las propias y específicas de seguro directo, incluida la capitalización, y de reaseguro. Falta en el precepto el término “demás” [operaciones] que utiliza el artº 1, y que precisaría más el significado.

Igualmente el artº 3.4, referido al ámbito objetivo de la Ley establece que quedan sometidas a sus preceptos “las actividades de prevención de daños *vinculadas a la actividad aseguradora*”, de lo cual parece deducirse que el significado del término es el restrictivo de operaciones de seguro directo y reaseguro, ya que el que las actividades de prevención estén “vinculadas” con otras puede hacer suponer, en principio, la independencia de ambas.

También la Ley en el artº 7.2. segundo párrafo, al admitir cualquiera de las formas jurídico-sociales de Derecho Público como aptas para realizar la actividad aseguradora, dispone que tales entidades se ajustarán íntegramente a sus preceptos y “quedarán sometidas también, *en el ejercicio de su actividad aseguradora, a la Ley de Contrato de Seguro y a la competencia de los tribunales del orden civil*”, de lo cual puede colegirse que actividad aseguradora es la realización de contratos de seguro.

De tales preceptos parece desprenderse que el concepto de “actividad aseguradora” que utiliza la Ley es el restrictivo a que antes hemos hecho mención.

Esta interpretación tiene la desventaja de que si por “actividad aseguradora” se entiende solo la realización de operaciones de seguro directo y reaseguro o lo que es lo mismo contratos de seguro, y con este contenido se interpreta el término usado en el artº 5.2.b), quedarían prohibidas a las entidades, por ejemplo, las actividades comerciales derivadas de las operaciones preparatorias, complementarias o de prevención de daños que la propia Ley les autoriza en los artículos precedentes, con lo cual se plantearía la situación absurda de que la propia norma impediría el ejercicio de una actividad por ella autorizada.

Otra posición interpretativa sería la de estimar que en el concepto de “actividad aseguradora” del artº 5.2.b), interpretado *lato sensu* quedan incluidas no solo las actividades y operaciones de seguro y reaseguro antes citadas sino, además, las

operaciones preparatorias y complementarias y las actividades de prevención de daños a que se refieren los números 3 y 4 del indicado artº 3.

Como antes se indicó, esta interpretación permitiría evitar el absurdo de que, por ejemplo, resultaran prohibidas a las entidades aseguradoras las actividades comerciales relacionadas con las preparatorias, complementarias y de prevención de daños que la propia Ley les autoriza.

Con ello el sentido del término “actividad”, en singular, utilizado en el artº 5 se interpretaría en sentido amplio, comprensivo de la totalidad del conjunto de actividades y operaciones que son propias de la práctica de las entidades aseguradoras, sin ceñirlo únicamente a la concreta formalización de los contratos de seguro y reaseguro, que constituyen su objeto principal pero no único como reconoce el propio artº 3 de la Ley.

Y no sería argumento en contra de esta interpretación el hecho de que cuando el artº 5 habla de “actividad” lo hace en el mismo sentido con que se utiliza dicha palabra en el artº. 3.1, que habla de “actividades” para referirse a las de seguro directo y al reaseguro. Y ello es así puesto que también el artº 3 utiliza el vocablo “actividades” para hacer referencia a las de prevención de daños, y por el contrario usa el término operaciones tanto para las preparatorias o complementarias como para las de capitalización, que corresponden al seguro de vida.

Pero esta interpretación amplia genera, también, un efecto no deseado ya que si se otorga al concepto “actividad aseguradora” el contenido de todas las operaciones sometidas a la Ley según su artº 3, por estar todas permitidas a las entidades aseguradoras, es necesario señalar que de acuerdo con el artº 7.1. de la misma *“la actividad aseguradora únicamente podrá ser realizada por entidades privadas que adopten la forma de sociedades anónimas, mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social”*.

Ello significaría, en primer lugar, que solo las sociedades con dichas formas jurídicas estarían habilitadas para la práctica de las operaciones preparatorias, complementarias y de prevención de daños, y en segundo lugar que tales operaciones solo podrían ser practicadas con independencia de las actividades aseguradoras por las sociedades anónimas y las cooperativas, ya que éstas, en contra de lo que ocurre con las mutuas y las mutualidades de previsión social, son formas sociales que no están exclusivamente concebidas para el seguro privado.

Podría defenderse, incluso, que no sería aplicable este último supuesto (de práctica exclusiva de operaciones preparatorias, complementarias y de prevención de daños) a las entidades con forma de Derecho Público, las cuales, en todo caso, deberían practicar operaciones de seguro para poder realizar tales operaciones), ya que el artº 7.2. primer párrafo, permite que las mismas puedan *“realizar la actividad aseguradora [si esta se entendiera en sentido amplio] (...) siempre que tengan por objeto la realización de operaciones de seguro”*, lo cual exigiría que estas últimas pertenezcan ineludiblemente al objeto social de esta clase de entidades.

Incluso en este tipo de entidades de Derecho Público, si se aplicara la interpretación extensa al término “actividad aseguradora”, al establecer el párrafo segundo del indicado artº 7.2. que dichas entidades quedarán sometidas a la Ley de

Ordenación y también “en el ejercicio de su actividad aseguradora, a la Ley de contrato de Seguro”, podría entenderse que la citada referencia a la Ley de Contrato no supone una decantación por el contenido restrictivo de la actividad aseguradora sino que sería aplicable únicamente a la parte de operaciones de seguro que quedan incluidas en la misma en la interpretación amplia de dicha actividad.

Pero esta interpretación extensiva llevaría a otra solución, no por diferente menos ilógica que la derivada de la interpretación “stricto sensu”, cual es la de impedir que otros empresarios sociales con formas jurídicas diferentes a las admitidas por la Ley de Ordenación o, incluso, empresarios individuales, pudieran llevar a cabo operaciones tan posiblemente autónomas de las de seguro como son, por ejemplo, las relacionadas con la prevención de daños.

Lo cierto es que la conclusión no es fácil ya que, otorgando un único sentido al concepto “actividad aseguradora”, ya sea el restrictivo o el amplio antes citados, en cualquiera de los dos casos se llega a soluciones que no son deseables y, probablemente, tampoco fueron deseadas por la norma.

Entendemos que, a pesar de la dificultad que pudiera entrañar, el único modo de obviar tales soluciones inadecuadas sería el de atribuir al concepto una duplicidad de contenidos: por un lado el amplio, en el caso del artº 5.1.b) y 7.2 (entidades de Derecho Público), con lo cual las entidades podrían realizar sin trabas la totalidad de las actividades y operaciones que la propia Ley les autoriza y, por otro lado el estricto en el caso de los artículos 6.2.b) y 7.1. con lo que las formas jurídico sociales previstas por el indicado artº 7.1. quedarían circunscritas a aquellos casos en que se realicen operaciones de seguro privado.

c. Excepción a la prohibición

Para terminar este apartado debemos hacer mención a la excepción que la Ley establece al tipo de operaciones prohibidas ahora comentado, cuando dispone, en el segundo párrafo del artº 3.1.b) que *no se entenderá incluida en tal prohibición la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución de los servicios producidos por éstas.*

Esta excepción había sido ya introducida en la Ley de 1984 por la D.A. Quinta de la Ley de Mediación de 30 de abril de 1992.

La Ley pretende con ello hacer posible que las entidades aseguradoras puedan poner sus redes comerciales a disposición de otras de distinta naturaleza, para distribuir productos de estas últimas. Tratamiento éste que completa la posibilidad que la entidades aseguradoras tienen de distribuir sus pólizas utilizando la estructura comercial de otras empresas aseguradoras o no aseguradoras, de acuerdo, para el primer caso, con lo establecido por el artº 3.3. de la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados²⁷⁷, y para el segundo con el artº 6 de dicha Ley, que permite que pueda ser

²⁷⁷ Dicha Ley modificó, en su D.A. Quinta, el artº3.d) de la Ley de Ordenación de 1984, en el sentido de admitir la posibilidad de que las entidades aseguradoras pudieran formalizar contratos entre sí, para la suscripción de las pólizas de una a través de las redes de distribución de la otra.

agente de seguros cualquier persona física o jurídica que tenga capacidad legal para ejercer el comercio, sin más requerimientos de otro tipo.

Naturalmente, la actividad que la Ley excepciona de la prohibición tendría, en todo caso, naturaleza únicamente comercial, de distribución de productos ajenos por cuenta de un tercero, sin que en ningún caso pueda suponer la asunción de obligación alguna derivada del cumplimiento de los contratos relativos a los bienes o servicios objeto de distribución, en la cual debe intervenir como mero intermediario y sin que pueda actuar como parte contratante en tales contratos.

C. Las actividades de mediación en seguros privados definidas en la Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados

Esta prohibición, también contemplada en la Ley de 1984, afecta a la actividad mediadora de una entidad entre los tomadores y asegurados y otras entidades aseguradoras.

No obstante, tal prohibición debe ser matizada a la vista de la establecido por el artº 3.3. de la Ley de Mediación el cual dispone, en su inciso segundo, que *“sin perjuicio de los contratos de agencia celebrados con arreglo a esta Ley, las entidades aseguradoras con establecimiento permanente situado en España también podrán celebrar contratos para la distribución, bajo su responsabilidad administrativa, de sus pólizas de seguro por medio de las redes de distribución de otras entidades aseguradoras”*.

Ello significa que las entidades aseguradoras sí podrán ejercer la intermediación para ofrecer productos de otras aseguradoras, siempre que tal actividad se realice previa formalización de un contrato específico que ponga a disposición de la otra entidad contratante la red comercial propia; única forma, pensamos, de que las entidades aseguradoras puedan realizar mediación entre posibles tomadores y asegurados, por una parte, y otras entidades aseguradoras, por otra.

Cualquier otra fórmula de mediación les estará vedada, a la vista de la rotundidad de la prohibición legal

1.3.2. Sanción de nulidad

El artº 5 de la Ley contiene dos supuestos distintos a los que se aplica la sanción de nulidad de pleno derecho: la realización de operaciones prohibidas y la práctica de operaciones sometidas por parte de entidades que carezcan de la autorización administrativa para ello.

A. Nulidad de las operaciones prohibidas

Como antes se indicó, esta penalización aparece por primera vez en la Ley de 1995 e implica la aplicación de la sanción máxima de la nulidad de pleno derecho a las operaciones que, estando prohibidas por la Ley, hubieren sido realizadas por las entidades aseguradoras.

Al no establecer la Ley ningún criterio para valorar los posibles daños y perjuicios derivados de tal proceder, como sí hace para el supuesto que comentaremos más adelante, la valoración de los daños y perjuicios y la fijación de la indemnización que corresponda habrá de ser fijada con arreglo a las normas generales establecidas para el caso.

B. Nulidad de operaciones efectuadas por entidades carentes de la preceptiva autorización administrativa

La nulidad de pleno derecho para este tipo de operaciones fue introducido en la Ley de 1984, en la importante modificación que en la misma llevó a cabo la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, de adaptación a la normativa comunitaria europea.

Con una sistemática discutible²⁷⁸, ya que regula la nulidad en el mismo artículo que las operaciones prohibidas, la Ley vigente mantiene la sanción de nulidad, pero introduce modificaciones importantes en el régimen de la misma que, por un lado aumentan el rigor de su aplicación y, por otro, prevén los efectos económicos y el sistema para la fijación de la indemnización que pudiera proceder, cuando la operación fuera un contrato de seguro.

a. Aplicación de la nulidad

La Ley dispone en el inciso primero del artº 5.2 que “*serán nulos de pleno derecho los contratos de seguro y demás operaciones sometidas a la presente Ley celebrados o realizados por entidad no autorizada, cuya autorización administrativa haya sido revocada, o transgrediendo los límites de la autorización administrativa concedida*”.

En primer lugar conviene señalar que la nulidad podrá recaer tanto sobre contratos de seguro como sobre las demás operaciones, (preparatorias, complementarias o de prevención de daños), sometidas a la Ley en virtud de lo dispuesto por el artº 3 de la misma.

La diferencia fundamental con el régimen anterior radica en que mientras en éste el eje en torno al cual giraba la declaración de nulidad era la realización de operaciones con entidades “*no inscritas*”, en el vigente el concepto fundamental es el de entidad “*no autorizada*”.

La Ley, frente al sistema anterior, ha ampliado sustancialmente el número de supuestos a los que es aplicable la sanción de nulidad.

Según la Ley de 1984 solo incurrían en nulidad las operaciones realizadas con entidades carentes de inscripción en el registro especial, con lo cual las operaciones realizadas por entidad inscrita no podían verse afectadas por dicha sanción, aunque fueran operaciones para las que se carecía de la preceptiva autorización (por ejemplo operaciones en un ramo para el que se carece de autorización, aunque esta se tenga para otros).

²⁷⁸ TIRADO SUAREZ, F.J. “Acceso a la actividad...”. Op. cit. p.87.

En la regulación vigente serán nulas de pleno derecho las operaciones que se hayan realizado con entidades no autorizadas, porque no hayan obtenido la autorización inicial que da acceso a la inscripción en el registro especial o porque, habiendo obtenido aquella, se trate de ramos no autorizados; o con aquellas cuya autorización les haya sido revocada o bien cuando la operación transgreda los límites de la autorización que se tiene concedida (por ejemplo, operaciones no incluidas en una autorización parcial de ramo o realizadas fuera del ámbito territorial para el que se otorgó la autorización).

Realmente todos los supuestos enumerados por la Ley caen dentro de la situación de ausencia de la autorización preceptiva para realizar las operaciones de que se trate, y, quizás, hubiera bastado referirse a “operaciones no autorizadas”, o una frase similar, para englobar todos los supuestos. No obstante, dadas las graves consecuencias que se prevén, la enumeración tiene ventajas desde el punto de vista de la seguridad jurídica ya que evita un buen número de posibles interpretaciones y situaciones dudosas.

Conviene indicar que un sector de la doctrina ha considerado de excesiva amplitud el régimen vigente de la sanción de nulidad al considerar que “esta sanción solamente se debería establecer para los supuestos de claro intrusismo profesional, como sería el supuesto de una Entidad que actuara de aseguradora sin estar autorizada”²⁷⁹.

b. Efectos económicos de la realización de actos nulos.

Mientras que la Ley anterior, una vez establecida la sanción de nulidad, se limitaba en este tema a añadir “*sin perjuicio de la responsabilidad que les corresponde frente a los contratantes y los terceros*”, el régimen vigente amplía considerablemente la regulación de los efectos económicos que deben producirse cuando se trate de contratos de seguro.

Así el inciso segundo del citado artº 5.2. de la Ley dispone que “*quien hubiere contratado con ella [la entidad no autorizada] no estará obligado a cumplir su obligación de pago de la prima y tendrá derecho a la devolución de la prima pagada salvo que, con anterioridad, haya tenido lugar un siniestro; si antes de tal devolución acaece un siniestro, amparado por el contrato si hubiere sido válido, nacerá la obligación de la entidad que lo hubiese celebrado de satisfacer una indemnización cuya cuantía se fijará con arreglo a las normas que rigen el pago de la prestación conforme al contrato de seguro, sin perjuicio del deber de indemnizar los restantes daños y perjuicios que hubiera podido ocasionar*”.

A la vista de lo expuesto, cuando se trate de contratos de seguro, el tomador tendrá derecho a que se le devuelva la prima pagada, salvo que antes de la devolución se haya producido un siniestro que hubiera debido ser indemnizado si el contrato hubiera sido válido. En este caso tendrá derecho a una indemnización que deberá ser fijada con arreglo a las normas que rigen el pago de la prestación en el contrato de seguro.

Todo lo anterior se aplica sin perjuicio de la obligación de indemnizar los restantes daños y perjuicios que se hubieran podido ocasionar a quien contrate con entidades operaciones para las que carecen de la preceptiva autorización, supuesto este

²⁷⁹ TIRADO SUAREZ, F.J. “Acceso a la actividad...”. Op. cit. p.88.

al que se aplicarán las normas generales establecidas al respecto, al igual que en los casos de nulidad de operaciones sometidas a la Ley pero que no tengan la naturaleza de contrato de seguro.

c. Responsabilidad solidaria de la entidad y de sus administradores y directivos por la realización de operaciones prohibidas

Esta exigencia también procede de la Ley anterior, con la única diferencia en el texto de que mientras la Ley de 1984 hablaba de “administradores, directores o gerentes”, la vigente utiliza los términos de “cargos de administración o dirección”, unificando así la terminología empleada por la Ley al establecer el sometimiento de dichos cargos a sus preceptos, terminología que no era del todo coincidente en la Ley de 1984 al regular ambos supuestos.

Al regular el tema que nos ocupa el último párrafo del artº 5.2 de la Ley establece que *“esta obligación y responsabilidad será solidaria de la entidad y de quienes desempeñando en la misma cargos de administración o dirección hubieren autorizado o permitido la celebración de tales contratos u operaciones”*.

La norma se refiere a la “obligación y responsabilidad” (contenidas en el inciso segundo del párrafo primero del artº 5.2) que fueron tratadas en la anterior letra c), las cuales vienen determinadas por la obligación de devolver la prima pagada o, en su caso, abonar la indemnización que corresponda en caso de siniestro y la que pudiera corresponder por los demás daños y perjuicios que se pudieran haber producido.

Impone la norma la responsabilidad solidaria en tales casos, con lo cual la entidad y cada una de las personas que desempeñen cargos de dirección, responderán indistintamente y por separado, ante los posibles perjudicados, por la totalidad de lo reclamado.

Por último conviene resaltar que, como es lógico, dado que se trata de una responsabilidad personal, la imputación de la responsabilidad a los cargos de administración y dirección se efectúa solo a aquellos que hubieren “autorizado o permitido” la celebración de las operaciones prohibidas, quedando fuera de tal imputación aquellos cargos cuyo ámbito de decisión en la empresa no estuviera relacionado con la realización de tales operaciones.

1.4. Ámbito territorial

El artº 4 de la Ley dispone bajo esta rúbrica que *“las actividades y operaciones definidas en el artículo 3 se ajustarán”* a lo dispuesto en la misma:

1. Cuando sean realizadas por entidades aseguradoras españolas

2. Cuando sean realizadas en España por entidades aseguradoras domiciliadas en el territorio de cualquiera de los restantes países miembros del Espacio Económico Europeo o en terceros países.

La redacción del texto legal llama la atención, pues comienza con referencias al ámbito objetivo de la Ley, hasta el punto de que, como pusimos de manifiesto anteriormente, es este artículo el que aclara que las actividades relacionadas en el artº 3 solo estarán sometidas a la Ley cuando sean realizadas “por entidades aseguradoras”, ya sean estas españolas o extranjeras.

Pero tal sometimiento se producirá cuando las indicadas actividades y operaciones sean:

- *“Realizadas por entidades aseguradoras españolas”*, sin que la Ley establezca más precisiones sobre el ámbito territorial de sus operaciones, debido al efecto que tiene la incorporación al ordenamiento español del principio de “licencia única”, según el cual la autorización administrativa obtenida en el país de origen resulta válida en todo el Espacio Económico Europeo, y habilita, en general, para operar en cualquier país de dicho ámbito ya sea en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios..

- *“Realizadas en España por entidades aseguradoras domiciliadas en el territorio de cualquiera de los restantes países miembros del Espacio Económico Europeo”*, las cuales, en virtud del indicado principio de licencia única, pueden operar en España en cualquiera de los dos regímenes antes indicados.

- *Realizadas en España por entidades aseguradoras domiciliadas “en terceros países”*, supuesto este que se refiere al establecimiento de sucursales por parte de entidades cuyo domicilio social radica en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, a las cuales, como veremos en su momento, se les aplica el sistema tradicional previsto para las entidades extranjeras.

2. TIPOLOGÍA DE LAS FORMAS JURÍDICAS ADMITIDAS:

2.1. Introducción.

La Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908, al referirse a este tema hablaba de *“Compañías, Sociedades, Asociaciones y, en general, todas las entidades nacionales o extranjera (...) cualesquiera que sea su objeto, forma o denominación”*. Por su parte el Reglamento de 2 de febrero de 1912, incorporó las “agrupaciones” y las “personas naturales”, no sin incurrir en este último caso en cierta extralimitación como veremos a continuación

Se inicia con dichas normas una situación en la que se va percibiendo la necesidad de ir depurando y precisando las formas jurídicas aptas para la práctica del seguro privado, lo cual fue llevado a cabo por el R.O. de 24-10-1925; el R.D. de 5-1-1929 (desarrollado por las RR.OO. de 3-3-1929 y 3-4-1929); el R.D. de 11-6-1929 y la O.M. de 27-7-1931. que fueron concretando las formas jurídico-sociales admitidas a estos efectos.

Así la R.O. de 1925 sometió a información pública la reforma del artº 1º del Reglamento de 1912 con el fin de “ponerlo de acuerdo con la ley” y prohibir a las

personas naturales la posibilidad de constituirse en aseguradores, ya que había razones poderosas para pensar que este, (al igual que el provisional de 1908) se había extralimitado al admitirlas dado que la Ley de 1908 si bien no las prohibió taxativamente tampoco las reconocía expresamente pues se refería en esta aspecto a las “Compañías, Sociedades, Asociaciones y, en general, todas las entidades nacionales o extranjeras... cualesquiera que sea su objeto, forma o denominación...”. A la vista de lo anterior el R.D. de 1929 prohibió las personas naturales, prohibición que el mismo R.D. hizo extensiva a las Sociedades Colectivas y a las Comanditarias, al tiempo que la O.M. de 1931 prohibió la práctica aseguradora a las Sociedades de Responsabilidad Limitada²⁸⁰.

La Ley de Ordenación de 16 de diciembre de 1954, por su parte, limitó a las sociedades anónimas y a las mutuas las formas jurídico sociales admitidas y la Ley de Ordenación de 2 de agosto de 1984 reconoció, como únicas formas privadas, las sociedades anónimas, las sociedades mutuas -a prima fija y a prima variable-, las sociedades cooperativas (incluidas las de trabajo asociado) y los montepíos o mutualidades de previsión social. También admitió dicha Ley, de manera explícita, a los Organismos Autónomos y otras Entidades Públicas.

La vigente Ley de Ordenación, bajo la rúbrica “*naturaleza, forma y denominación de las entidades aseguradoras*”, reconoce en su artº 7 la posibilidad de que existan entidades de naturaleza privada y entidades de naturaleza pública que puedan realizar operaciones de seguro privado.

El reconocimiento de esta doble posibilidad, tradicional en nuestro Derecho de Seguros, tiene su fundamento actual en el sistema de economía mixta reconocido por el artº 128.2²⁸¹ de la Constitución Española de 1978 que, a su vez, había sido ya establecido por el artº 90²⁸² del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957, el cual establece, con ciertas salvedades, el principio general de que las empresas públicas quedan sometidas a las normas sobre la competencia y a las mismas reglas que las privadas²⁸³.

²⁸⁰ Vid. SANCHEZ CALERO. F. “Curso de...”. Ob. cit., pp. 60 y 61. Tb. DEL CAÑO ESCUDERO. Op. cit. pp. 46 y 47.

²⁸¹ Artº 128.2 de la Constitución: “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

²⁸² Artº 90.1 y 2 : “Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive”. “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial, a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.”

²⁸³ Vid. LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora”, en “Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados”, p. 62. SEAIDA - Fundación MAPFRE Estudios (Colección Estudios y Monografías). Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

2.1.1. Entidades privadas

El artº 7.1. de la Ley de Ordenación dispone que: *“La actividad aseguradora únicamente podrá ser realizada por entidades privadas que adopten la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativa y mutualidad de previsión social. Las mutuas, las cooperativas y las mutualidades de previsión social podrán operar a prima fija o a prima variable”*.

Mantiene la Ley, en este aspecto, el tradicional “*numerus clausus*” de formas sociales, así como la misma tipología de formas jurídico privadas que su predecesora, con la excepción de que la vigente ha eliminado la cooperativa de seguros de trabajo asociado como forma apta para la práctica del seguro, mediante la derogación expresa de las referencias que a la misma se contenían en el artº 143.1.c) y 2, de la Ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987.

La Ley de Ordenación dedica una desigual atención a la regulación de cada una de las formas sociales referidas. Atención que va de una menor a una mayor extensión según se trate, por este orden, de sociedades anónimas, de cooperativas o de mutuas y mutualidades de previsión social.

Así, en el caso de las sociedades anónimas, no contiene normas de concreta aplicación ya que este tipo de sociedades posee un régimen propio, amplio y preciso que, además, ha sido aceptado por la propia Ley de Ordenación en múltiples supuestos, ya sea por remisión como legislación supletoria, ya sea por haberse inspirado en ella para determinadas regulaciones. Se asume, pues, el pleno sometimiento a la Ley de Sociedades Anónimas²⁸⁴ de este tipo de entidades cuando practiquen el seguro privado, con excepción de aquellos caracteres especiales que la Ley de Ordenación establece de manera genérica, tales como capitales sociales, objeto social, denominación social, domicilio, autorización administrativa previa, etc.

Por lo que se refiere a las cooperativas, no obstante tener esta forma social su propia legislación general, tanto la Ley de Ordenación (arts. 9 y 10) como su Reglamento (artº 23) sí contienen normas específicas aplicables a las de seguros, al igual que las contenía la legislación precedente, que además remiten a la regulación establecida para las entidades de forma mutua.

La razón fundamental de esta disparidad de trato respecto a las sociedades anónimas creemos que hay que buscarla en el diferente reparto de competencias que existe entre el Estado y la Comunidades Autónomas²⁸⁵.

La Ley de Sociedades Anónimas pertenece al espacio normativo de la “*legislación mercantil*”, competencia reservada en exclusiva al Estado por el artº 149.1.6 de la Constitución Española, situación esta que garantiza un régimen de funcionamiento homogéneo y de general aplicación, fundamentalmente necesario para que la actividad aseguradora se lleve a cabo en todo el territorio nacional con arreglo a exigencias y parámetros de igualdad. Con el régimen jurídico de las cooperativas no ocurre lo mismo

²⁸⁴ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE de 1 de febrero de 1990) que aprobó el Texto Refundido de la Ley de sociedades Anónimas.

²⁸⁵ Vid. NUÑEZ LOZANO, M^o del Carmen. “*Ordenación y supervisión...*”. Op.cit. p. 83.

ya que este no es de competencia exclusiva del Estado y en él prevalece la legislación autonómica sobre la estatal que, además, queda como supletoria, lo cual puede desembocar en regímenes de funcionamiento heterogéneos.

Modificar la Ley General de Cooperativas, ampliando la regulación aplicable a las de seguros, no hubiera resuelto el problema pues, como quedó indicado, esta tiene carácter supletorio de la legislación autonómica, así que la única vía para poder garantizar unas condiciones y requisitos homogéneos, y aplicables con carácter general a las cooperativas de seguros, era la de incorporar tales requisitos a la Ley de Ordenación y declararlos “norma básica” de la ordenación del seguro, ámbito este de competencias que sí está atribuido en exclusiva al Estado por el artº 149.1.12 de la Constitución.

En lo que afecta a las mutuas y mutualidades de previsión social, al igual que la ley anterior, si contienen la Ley y su Reglamento normas amplias y precisas que regulan los caracteres y el funcionamiento de este tipo de entidades, debido a que se trata de formas sociales que, desde su origen, están dedicadas en exclusiva a la práctica del seguro privado por lo que la sede lógica para su tratamiento es la normativa que regula dicha actividad.

Así, la normativa reguladora de la forma social mutua se encuentra en los arts. 9 y 10 de la Ley y 11 a 22 del Reglamento, y la de las mutualidades de previsión social en el Capítulo VII del Título II, arts. 64 a 68, que según la previsiones de la Ley ha sido desarrollado reglamentariamente por Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre.

2.1.2. Entidades públicas

A. Introducción

a. Planteamiento general

Desde el Antiguo Régimen y a lo largo del siglo XIX el Estado, va creando una serie de “establecimientos públicos” destinados a prestar servicios, que no se integran en la estructura de poder del Estado ni, por consiguiente, en la organización de la Administración burocrática que, formada por Ministerios, Direcciones Generales, etc, “está caracterizada por el acto administrativo, por la orden, y no por la prestación de un servicio”²⁸⁶.

En general, como ha señalado la doctrina, puede decirse que “las personas jurídico-públicas son, pues, *Corporaciones* (miembros, asociación, gestión de propios intereses, autonomía) y *Establecimientos públicos* (usuarios, destinatarios; fundación-institución, gestión de intereses determinados por el fundador o señor del establecimiento)”, que “la expresión Establecimiento público ha desaparecido prácticamente del Derecho español y ha sido sustituida por la de *Organismo Público* o, genéricamente, por la de *Entes del Sector Público*”, y que “las dos organizaciones jurídico-públicas personificadas fundamentalmente son las *Corporaciones*

²⁸⁶ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio; DE MARCOS FERNANDEZ, Ana; RODRIGUEZ-CHAVEZ MIMBRERO, Blanca. “*Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*”, p. 41 y 42. Marcial Pons. Madrid 2001.

(*profesionales*, como los Colegios profesionales o las Cámaras; *territoriales*, como el Municipio) y los establecimientos públicos, instituciones destinadas a prestar un servicio. Tanto para una mayor agilidad como por constituir una realidad organizativa diferente a la organización burocrática jerarquizada, el Derecho público europeo ha tendido a personificar, es decir, a dotar de personalidad jurídica diferente (centro final de imputación de derechos y deberes a los establecimientos públicos (naturalmente, también a las Corporaciones, profesionales o territoriales) destinados a realizar prestaciones para los particulares (desde la sanidad y la educación hasta el crédito). Bajo la expresión *établissement public* o *öffentliche Anstalt* se encuentran en Francia o en Alemania todo un conjunto de organizaciones caracterizadas frecuentemente por su función prestadora frente a la función ordenadora que caracteriza a la función administrativa jerarquizada y burocratizada. Por lo tanto, el establecimiento público se convierte en un instrumento típico de la moderna Administración prestadora de servicios, mientras que la categoría fundamental de la Administración activa no es la prestación, no es el servicio, sino que es el acto administrativo, el mandato o la norma”²⁸⁷. No obstante, señala esta misma posición doctrinal que “ante este complejo conceptual en la actualidad hay que retener lo siguiente: a) El concepto funcional de establecimiento público permite su aplicación a organizaciones personificadas y no personificadas (...). b) Muchos establecimientos públicos personificados, en España, Organismos Públicos o Entes del Sector Público, no tienen esa función prestadora que tuvieron originariamente los establecimientos públicos, sino que cumplen una función ordenadora, reguladora, de autoridad”²⁸⁸.

Todo este conjunto de Entes públicos constituye el ámbito de lo que ha sido denominado como Administración Institucional o Administración Instrumental, frente a la Administración activa usual, con función de mando. Las Entidades públicas dedicadas a la práctica del seguro privado, reconocidas por el artº 7.2 de la Ley de Ordenación, deben quedar enmarcadas, caso de ser creadas, en dicho ámbito. Su posible existencia quedaría encuadrada en el ya no reciente fenómeno de creación de Entidades públicas dotadas de personalidad jurídica propia y acogidas al Derecho privado, fenómeno que vienen generando un alto grado de preocupación en un sector de la doctrina administrativista ante la manifestación de lo que ha sido denominado como “huida del Derecho administrativo general”²⁸⁹.

Esta situación de proliferación de personificaciones independientes de la Administración matriz, como ha manifestado un sector de la doctrina al comentar la situación existente hasta la publicación de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 14 de abril de 1997 (LOFAGE), “solo puede explicarse por dos razones: de una parte por la intervención de la Administración en

²⁸⁷ GALLEGO ANABITARTE, A., *et alter.*, op. cit. pp. 42 y 43. En el párrafo 41 de dicha página se estima que “la desaparición del término establecimiento público supone un grave empobrecimiento del Derecho público español, así como el abandono de un lenguaje administrativo común entre España, Francia y Alemania. En el Derecho francés un concepto clave es *établissement public*, y en Derecho alemán *öffentliche Anstalt*”.

²⁸⁸ GALLEGO ANABITARTE, A., *et alter.*, op. cit. p. 43.

²⁸⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. 8ª edición. Tomo I, p. 392 a 398. CIVITAS. Madrid. 1997. También COSCULLUELA MONTANER, Luis. “Manual de Derecho Administrativo”, undécima edición, p. 269 y 270. Civitas., Madrid 2000.

actividades que desbordan el marco de lo que se ha venido denominando servicio público, propio de la *Administración prestacional*, para realizar actividades y operaciones que pueden subsumirse en lo que tradicionalmente se conocía con la denominación de Administración lucrativa, es decir de actividad privada con fin de lucro que realiza la Administración, y que ha dado lugar al surgimiento de una nueva forma de actividad de la Administración: la *Administración empresarial*. Y, de otra parte, la propia insuficiencia del marco normativo (...) por lo que se refiere al desbordamiento del marco clásico de la Administración prestacional (...) solo se puede entender por la ruptura del *principio de subsidiariedad*²⁹⁰ y la intervención de la Administración en determinados sectores económicos (...). En conclusión, la aparición de esta pléyade de Entidades y Organismos que escapan de la aplicación de las leyes generales del Derecho administrativo, vienen condicionada por la insuficiencia del marco normativo existente, por la necesidad de reafirmar su autonomía y margen de independencia en la actividad que desarrollan y por el creciente papel de la Administración en ámbitos empresariales. *Por ello, más que una huida al Derecho privado, como se ha venido poniendo de manifiesto por la doctrina desde 1985, lo que se ha producido es un fenómeno de inaplicación del Derecho Administrativo general, por su falta de respuesta ante las nuevas exigencias y necesidades, y la búsqueda de mecanismos que garanticen la independencia profesional de los gestores de estas entidades, a fin de construir un entramado de relaciones que le garanticen su separación de la actividad política y, por ende, el desarrollo de una actividad con parámetros neutrales a fin de satisfacer los intereses generales que es, en definitiva, la razón de ser de la propia Administración*²⁹¹.

²⁹⁰ Siempre ha habido dos principios que se han configurado como polos contradictorios en el desarrollo del orden socio-económico: por un lado, el principio de *libertad individual y de subsidiariedad estatal* y, por otro, el principio de *igualdad de todos los hombres y de solidaridad social*; principios que deben de estar presentes en la concepción social y económica del Estado de manera articulada y equilibrada, para que ambos puedan hacer patente su vigencia y eficacia: el principio de *libertad individual y de subsidiariedad estatal* encuentra su fundamento en el derecho de propiedad y en la economía de mercado, y en virtud del mismo se establece que no resulta lícito que el individuo o los grupos sociales se vean privados de aquellas posibilidades de actuación que pueden ser llevadas a cabo por su propio esfuerzo e iniciativa para que sean desempeñadas por el Estado, el cual solo debe actuar “subsidiariamente” cuando se dé un título legítimo²⁹⁰ para ello, subsidiariedad que también habrá de aplicarse en beneficio de la actuación de los niveles políticos y administrativos inferiores que se encuentran más cerca de los ciudadanos. Por su parte el principio de *igualdad de todos los hombres y de solidaridad social* encuentra su modelo en el Estado Social, titular de bienes y actividades económicas y prestador colectivo de servicios. La adecuada relación y aplicación de ambos principios constituirá uno de los fundamentos de la eficiencia del Estado moderno. Vid. ARIÑO ORTIZ, G. “Principios de...”. Op. cit., pp. 104 a 110.

²⁹¹ JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier. “Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, en “Documentación Administrativa”, nº 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), pp. 396 a 398. En la nota 8 de dicho trabajo el autor manifiesta su opinión de que “no se trata de una escapada consciente a las normas del Ordenamiento privado sino sobre todo la respuesta a una perentoria necesidad práctica: el Derecho Administrativo general no es de ninguna manera aplicable a estas nuevas organizaciones cuya razón de ser se encuentra expresamente en el desarrollo de actividades que no pueden ejecutarse bajo los modelos clásicos, pues de otra forma no solo sería artificiosa su creación sino desde luego inadecuada. En la medida en que los moldes y regulación clásica del derecho Administrativo general no son respuesta suficiente, tratan de establecer su propio marco normativo con las reglas más adecuadas a la función atribuida. El problema, pues, no es ni el derecho privado en la aplicación a las organizaciones instrumentales ni la creación de un Derecho estatutario; es sin más la necesidad de renovar profundamente las Instituciones sobre las que se ha asentado el Derecho Administrativo español: contratos, responsabilidad en la actuación de las Administraciones empresariales o prestadoras de servicio, concesiones, utilización del dominio público, competencia y libre concurrencia, etc.”

Con el fin, entre otros, de racionalizar la situación y generalizar una nueva ordenación del régimen jurídico aplicable a este tipo de Entidades, se dicta la LOFAGE que derogó la normativa aplicable hasta el momento (principalmente la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 27 de diciembre de 1958 y los arts. 4 y 6.1b y 5 de la Ley General Presupuestaria²⁹²).

Pero, como ha resaltado la doctrina, “es muy dudoso, sin embargo, que la nueva ordenación resultante de la LOFAGE pueda realmente conseguir la racionalización y simplificación que la Ley dice pretender, porque su disposición transitoria tercera, abre un proceso de adecuación individualizada de cada uno de los organismos y entidades de derecho público existentes, adecuación que en algunos casos remite directamente a una Ley y en todos los demás permite también incorporar caso por caso, mediante una norma de este mismo rango, peculiaridades con respecto al régimen general establecido en la propia LOFAGE para cada uno de los tipos que esta regula. Todo, pues, puede terminar donde empezó”²⁹³.

También, a la vista del número de Entidades exceptuadas de la nueva regulación por la propia Ley, otro sector de la doctrina ha puesto de manifiesto que “como se ve, cualquier cosa menos racionalización, uniformidad y homogeneización”, que “la aparición del *ius singulare* (...) es una verdadera exigencia por la insatisfactoria normativa que regula la actividad de los Organismos públicos que prestan actividades y servicios administrativos o que están encargados de regular y controlar un determinado sector que se considera clave para la actividad económica del país. Por ello, precisamente, es necesario seguir manteniendo su diferenciación del régimen general establecido en la LOFAGE, que resulta igual de trasnochado e insatisfactorio que la legislación que deroga”²⁹⁴, y que “las causas que inciden profundamente en la aparición de este tipo de Entidades, y en la necesidad de reafirmar su ámbito normativo propio y singular (*ius singulare*) no han sido abordadas por el legislador, por lo que continúan dándose los presupuestos que producirán la fuga en los próximos años de estas Entidades, respecto del Derecho Administrativo convencional”, lo cual es bastante más grave “cuando la experiencia de los últimos años ha acreditado que es absolutamente imprescindible dotar a estas organizaciones de unos elementos mínimos de autonomía funcional y neutralidad respecto del poder político y ministerial, lo que solo se consigue mediante la introducción de técnicas que garanticen la estabilidad e independencia de los dirigentes de estas Entidades, a la par que se profundiza en la creación de un ámbito propio de responsabilidad, es decir, de capacidad y exigencia de eficacia”²⁹⁵.

b. Las Entidades aseguradoras públicas en la Ley de Ordenación.

El artº 7.2 de la Ley de Ordenación establece que también podrán realizar la actividad aseguradora “*las entidades que adopten cualquier forma de Derecho público, siempre que tengan por objeto la realización de operaciones de seguro en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras privadas*”, disponiéndose al propio

²⁹² Cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

²⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Curso de...”, p. 394.

²⁹⁴ JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier. “Organización instrumental pública...”, op. cit. pp. 411 y 412.

²⁹⁵ JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier. “Organización instrumental pública...”, op. cit. p. 416.

tiempo en dicho precepto que tales entidades “*se ajustarán íntegramente*” a la Ley y “*quedarán sometidas también, en el ejercicio de su actividad aseguradora, a la Ley de Contrato de Seguro y a la competencia de los tribunales del orden civil*”.

La Ley de Ordenación vigente no pone límites a la personificación pública, en contraste con la de 1984²⁹⁶ que solo permitía realizar la actividad aseguradora a “*los Organismos autónomos y las Entidades que adopten cualquiera de las formas jurídicas antes mencionadas, [sociedades anónimas, mutuas, mutualidades de previsión social y cooperativas] en las que la participación de las Administraciones Públicas o sus Organismos sea mayoritaria, directa o indirectamente*”.

A juicio de un sector de la doctrina, uno de los problemas que pueden plantear los términos en que está redactada la ley vigente es el de que podría interpretarse que esta impide que haya entidades de seguros públicas que adopten formas privadas, lo cual ha sido calificado de “giro sin precedentes”²⁹⁷, que iría en contra de la acusadísima tendencia a acudir a personificaciones privadas para gestionar competencias públicas. También hay autores que consideran que no existen razones de fondo que sustenten dicha interpretación, que solo estaría basada en “la mera dicción literal de la Ley”²⁹⁸.

La primera posición se fundamenta en que la Ley establece que la actividad aseguradora únicamente podrá ser realizada por “entidades privadas” y en la interpretación de que el término “privadas” hay que entenderlo en el sentido de que su control, gestión y dirección sean privados, pues de no ser así estaríamos ante una reiteración innecesaria, argumento que podría venir reforzado por el hecho de que la ley vigente ha eliminado la referencia expresa de la Ley anterior a las formas jurídicas privadas con participación mayoritaria de la Administración Pública.

La segunda postura puede sustentarse, por un lado, en la consideración de que también la Ley de 1984 establecía que la actividad aseguradora “únicamente” podía ser realizada por “entidades privadas”, no siendo esta terminología una novedad en la Ley vigente y, por otro, en que la desaparición de la referencia a la posible utilización de las formas privadas por parte de las Administraciones Públicas no supone la imposibilidad de su utilización por estas últimas, sino la eliminación de una reiteración ya que tales sociedades, aún controladas por Administraciones Públicas, son “privadas” y, en consecuencia, quedarían incluidas en el grupo de estas²⁹⁹.

En otro orden de cosas, conviene reseñar que la potestad reconocida por el artº 128.2 de la Constitución española para que los poderes públicos puedan intervenir en la

²⁹⁶ El artº 7 de la Ley de Ordenación de 1984 disponía que: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los capítulos X y XI la actividad aseguradora únicamente podrá ser ejercida por Entidades privadas que adopten la forma de Sociedad anónima, Sociedad mutua a prima fija, Sociedad mutua a prima variable, Montepío o Mutualidad de Previsión Social, Sociedad cooperativa y por las Delegaciones previstas en el artículo 12. También podrán realizar la actividad aseguradora los Organismos autónomos y las Entidades que adopten cualquiera de las formas jurídicas antes mencionadas, en las que la participación de las Administraciones Públicas o sus Organismos sea mayoritaria, directa o indirectamente.* (Nueva redacción artículo primero ocho Ley 21/1990, de 19 de diciembre.)

²⁹⁷ Vid LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”. Op. cit. p.63.

²⁹⁸ NUÑEZ LOZANO, M.C. “Ordenación y supervisión...”. Op. cit. pp. 99 y 100.

²⁹⁹ NUÑEZ LOZANO, Mª. C. “Ordenación y supervisión...” Op. cit p. 100, nota 54.

economía, solo podrá ser ejercida cuando exista un “interés general” cuya satisfacción requiera tal intervención.

La existencia de dicho interés general constituye la causa que legitima la actuación pública en la economía y es, en opinión de un importante sector de la doctrina, un elemento reglado de dicha potestad. Consecuentemente, dicho interés general deberá exigirse, también, en el caso de que los poderes públicos decidan hacer uso de la posibilidad que les reconoce el artº 7.2 de la Ley de Ordenación y, además, la justificación de la existencia de tal interés general consideramos que deberá producirse en cada caso concreto, sin que quepa estimar que el reconocimiento genérico que contiene el citado artº 7.2 pueda considerarse habilitación suficiente para la creación de entidades públicas que actúen, en el ámbito de seguro privado, sin la previa justificación de la existencia del interés general que se pretende satisfacer³⁰⁰.

Creemos que solo en casos excepcionales está justificado que la iniciativa pública irrumpa en el mercado del seguro privado, posición esta no solo defendida en el presente³⁰¹, sino que ha sido reiterada en el pasado ya que como señalara, en su momento, un sector de la doctrina: “únicamente, allí donde la iniciativa privada no quiera o no pueda llegar, cabe que el Estado actúe por sí mismo, no ya como un derecho, sino como una obligación impuesta por su misión primaria de tender a proporcionar el máximo bien común”³⁰², y, además, “el Estado, ni por razones de trascendencia políticosociológica, ni por exigencias especiales de la técnica del seguro, ni por su naturaleza, finalidad y organización debe adquirir la cualidad de asegurador más que en aquellos en que sea absolutamente conveniente para el bien público, y cuidando de no ocasionar mayores perjuicios que los que pretende evitar. Esta gestión solo se justifica cuando existe alguna imperiosa necesidad general de cobertura de un riesgo que no puede realizarse o, pudiendo, no se realiza por los aseguradores privados, y que, sin embargo, el Estado, por las circunstancias especiales que concurren en él, está en condiciones de asegurar”³⁰³.

Otra característica, de aplicación general a las entidades aseguradoras con forma pública, es la de que, según la Ley de Ordenación, estas podrán existir siempre que tengan por objeto la realización de operaciones de seguro “en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras privadas” y, además, quedan sometidas a sus preceptos, así como, en el ejercicio de su actividad aseguradora, a los de la Ley de Contrato de Seguro y a la competencia de los tribunales del orden civil.

Principio este de igualdad de trato que, con pocas variantes terminológicas, ya fue introducido en la Ley de Ordenación de 1984 (artº 4.2 y 3) por el Real Decreto Legislativo 1255/1986, de 6 de junio, que modificó dicha Ley para adaptarla al Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea y que entronca también con el principio de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado cuyo

³⁰⁰ Vid. NUÑEZ LOZANO, Mº. C. “Ordenación y supervisión...”. Op. cit. p. 101.

³⁰¹ NUÑEZ LOZANO, Mº. C. Op. cit. p.101.

³⁰² CABALLERO SANCHEZ, Ernesto. “Introducción al estudio del seguro privado”. Editorial Magisterio Español. Madrid. 1948. P. 209. En el Capítulo XII de dicha obra se hace un análisis, resumido pero completo, de las posturas doctrinales que en aquel momento se defendían sobre el tema.

³⁰³ HERNANDO DE LARRAMENDI Y MONTIANO, I. “Intervención económica estatal en el seguro privado”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 29. 1950. p. 220.

ejercicio deben garantizar los poderes públicos, de acuerdo con lo establecido por el artº 38 de la Constitución.

Ahora bien, a pesar del reconocimiento del principio de igualdad de condiciones entre entidades públicas y privadas para concurrir en el mercado, no se puede dejar de señalar que, como ha manifestado la doctrina de manera reiterada³⁰⁴, tal igualdad ni puede ser, ni es absoluta. Y ello hasta el punto de declarar que “es una falacia eso de que cuando el Estado actúa en igualdad de condiciones que los particulares, sin privilegios y sin exclusivismos (esto es, respetando la competencia), entonces la iniciativa pública resulta siempre lícita, como un agente más del mercado. Y lo es, porque la empresa pública actúa siempre –aunque otra cosa se diga- en situación de privilegio frente a la privada: privilegios de financiación con fondos públicos. privilegios crediticios (en condiciones especiales y con aval del Estado), ampliaciones de capital para absorber los déficits, y en no pocos casos, también privilegios jurídicos”³⁰⁵.

En el ámbito específico de las entidades aseguradoras de titularidad pública, tanto si se trata de personificaciones públicas como si son privadas, el principio de igualdad de funcionamiento con respecto a las de titularidad privada se considera que no es total, ya que es imposible evitar ciertas desigualdades.

Así, por lo que se refiere a las entidades con forma de Derecho público, y como ha señalado un sector de la doctrina³⁰⁶, será asumible el principio de igualdad en lo que afecta a la relación de la entidad con sus asegurados, pero puede ser discutible en lo que afecta a las relaciones de ordenación y supervisión. Así, por ejemplo:

- Las entidades estatales y autonómicas se crean por Ley, con lo cual esta podría modificar las propias previsiones de la Ley de Ordenación, de la de Organización y Funcionamiento de las Administración General del Estado o de la legislación autonómica que sea de aplicación.

- Algunos preceptos de la Ley de Ordenación son de dudosa aplicación a este tipo de entidades (constitución en escritura pública cuando son creadas por Ley; nacimiento de la personalidad jurídica derivada de su Ley de creación y no de la inscripción en el Registro Mercantil; imposibilidad de que una Entidad Pública Empresarial de seguros pueda transformarse en otro tipo de entidad aseguradora; normas en las que se requiere el acuerdo de las juntas o asambleas generales de socios, ya que este tipo de organismos públicos carecen de ellas).

³⁰⁴ ALONSO UREBA, A. “*La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*”. Madrid. 1985.. pp. 174 y ss. ; VILLAR PALASÍ, José Luis. “Tipología y Derecho estatutario de las Entidades instrumentales de las Administraciones Públicas”, en “*Administración Instrumental*”. Libro homenaje al Profesor Clavero Arévalo. Tomo I. p.162.; TRONCOSO REIGADA, Antonio. “Privatización, empresa pública y Constitución. Madrid. 1997 ”. p. 88. Citados en NUÑEZ LOZANO, M^a. C. “*Ordenación u supervisión...*”. Op. cit. pp. 101 y 102. Nota 56, en la que, además se hace una reseña de recientes normas en las que se pretende conseguir la libre competencia entre la empresa pública y la privada.

³⁰⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “*Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*”. Madrid. 1993.

³⁰⁶ Vid. al respecto, el tratamiento, ejemplificador pero incisivo, que hace del tema NUÑEZ LOZANO, M^a. C. , en “*Ordenación y supervisión...*”. Op. cit. pp.106 a 111.

- En otros casos es la propia Ley de Ordenación la que exige a las entidades aseguradoras de Derecho público del cumplimiento de determinados preceptos, como es el caso de la inaplicación a las mismas del régimen de liquidación propio de la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras.

- También debe señalarse que el hecho de que este tipo de Entidades puedan quedar adscritas al Ministerio de Economía o a los Órganos autonómicos que ejercen las competencias sobre los seguros privados, puede poner en entredicho el equilibrio y neutralidad de los mismos, al quedar acumulados en una misma esfera de decisión tanto el control y la supervisión sobre la actividad externa de la entidad, derivados de la legislación específica del seguro privado, como el control interno sobre su funcionamiento, dirección estratégica, objetivos y utilización de los recursos asignados, que el Órgano de adscripción debe ejercer sobre la entidad en cuestión, en cumplimiento de la legislación administrativa aplicable.

Ante esta capacidad de influencia, de doble y distinta naturaleza, es fácil que se puedan producir situaciones contradictorias en la aplicación de las normas ya que estas, en algunos casos, pueden proteger, por separado, intereses contrapuestos, cumpliéndose así lo que en su momento señaló la doctrina respecto de que “la necesidad universalmente aceptada de un organismo que proteja a los asegurados de los abusos de los aseguradores, no podría satisfacerse al reunirse en una sola persona, la del Estado [ya sea, podríamos añadir, Administración General, Autonómica o Local], las cualidades de vigilante y vigilado”³⁰⁷.

También en el caso de entidades públicas con forma privada pueden plantearse dudas sobre su absoluta igualdad en el mercado respecto de las de plena titularidad privada, ya que su independencia lo es en tanto que ostentan personalidad jurídica propia, pero sus decisiones están condicionadas por el mandato de la Administración a la que estén adscritas. Dependencia que podría condicionar las decisiones a adoptar en supuestos tales como: -apreciación de la honorabilidad, cualificación y experiencia de los consejeros y administradores, designados por la Administración Pública; - calificación desfavorable de una “participación significativa” en el capital social; etc.

c. Las Autoridades administrativas independientes

Esta situación fáctica de carencia de igualdad ha servido de argumento³⁰⁸ para apoyar las tesis que consideran aconsejable que las facultades de control y supervisión estuvieran encomendadas a un organismo neutral, a una autoridad administrativa independiente, ubicada fuera de la estructura jerárquica de la Administración, que pudiera desempeñar su labor sin verse influenciada por los avatares de la vida política³⁰⁹.

³⁰⁷HENANDO DE LARRAMENDI Y MONTIANO, I.. “Intervención económica...”. Op. cit. p. 199.

³⁰⁸ NUÑEZ LOZANO, M^a C. “*Ordenación y supervisión...*”. pp. 109 y 111.

³⁰⁹ANGULO RODRIGUEZ, Luis de. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”, en “*Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación...*”. Op. cit. pp. 116 y 117. En dicho trabajo el autor afirma que: “Se trata de fórmulas organizativas (...) cuyas características comunes consisten en perseguir un objetivo de independencia del Gobierno y de neutralidad política en la gestión, respecto a sectores de actividad que se consideren particularmente sensibles.

En países que nos son próximos el seguro es uno de esos sectores de actividad económica considerados sensibles a los que se ha extendido esta técnica de organización, como ocurre en Italia con el Instituto para

En España la aparición de estas “Autoridades administrativas independientes”, o “Administraciones independientes”, propias del Derecho anglosajón, arrancan con la creación del *Ente Público de Radio y Televisión* (enero/1980), el *Consejo de Seguridad Nuclear* (abril/1980), y la reforma del *Banco de España*, mediante la Ley de Órganos Rectores (junio/1980) que vio ampliada su autonomía mediante la Ley de 1 de junio de 1994.

Entre otros supuestos cabe citar también a la *Agencia de Protección de Datos* (Ley de 29 de Octubre de 1992).

En el sector financiero, además del Banco de España cuya autonomía viene también impuesta por el Tratado de la Unión Monetaria y Económica, existe con esta configuración la *Comisión Nacional del Mercado de Valores*, creada por Ley de 28 de julio de 1988.

Como ha sido resaltado por la doctrina, “la aparición de entes reguladores de determinados sectores económicamente relevantes, siguiendo parcialmente las experiencias de otros países, ha puesto de manifiesto la necesidad de dotar a este tipo de entidades de unas ciertas garantías de independencia o neutralización de su actividad, que tendría carácter permanente y estaría alejada de los vaivenes políticos. Estos entes reguladores o Administraciones independientes como han sido denominados en la doctrina española, incluyen ciertas técnicas que garantizan que su funcionamiento y actividad no estarán afectadas por las decisiones de la Administración Pública a la que se adscriben, para lo cual introducen ciertos elementos correctores al sistema general, en los supuestos de nombramiento de sus directivos (intervención del Congreso), eliminación del cese anticipado por el Ministro y, sobre todo, autonomía funcional. No obstante no puede desconocerse que en muchas ocasiones tales manifestaciones de la neutralidad nada tienen que ver con lo que realmente sucede en la práctica, donde ni el nombramiento de los directivos se encuentra previamente restringido por normas que garanticen, en todo caso la profesionalidad y prestigio de los candidatos, ni tampoco se ha dotado de la mínima suficiencia financiera a la nueva entidad, con lo que cualquier modificación de la estructura o incluso de las retribuciones exigen previamente la

la Vigilancia de la Actividad Aseguradora Privada (ISVAP) o en Portugal con el Instituto de Seguros de Portugal. En España, pese a que algunos lo hayan propiciado y desde mi punto de vista fuese aconsejable avanzar en esa línea, sin embargo hasta el momento las funciones de control y supervisión del sector asegurador se siguen ejerciendo desde la Administración General del Estado, por el Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Dirección General de seguros.”

En la nota nº 20 de la pag. 117, el autor expone que “Un paso hacia ese planteamiento fue el Real Decreto 2878/1981, de 13 de noviembre, que supuso la absorción por el Consorcio de compensación de Seguros de los otros tres organismos autónomos dependientes del Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General de Seguros, la Comisaría del Seguro Obligatorio de Viajeros, el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación y la Caja Central de Seguros, lo que hubiera permitido luego que el consorcio así potenciado asumiese además la función de Autoridad independiente de control respecto del sector asegurador privado”.

No podemos dejar de comentar que en aquellas fechas el autor ostentaba el cargo de Director General de Seguros, y que durante su mandato se impulsó de manera decisiva la modernización legislativa del ordenamiento del seguro privado y se sentaron las bases de la gran reforma que supuso la Ley de Ordenación de 1984. Fructifere etapa legislativa que ha sido reconocida por la doctrina (Vid. TIRADO SUAREZ, F.J. “*Ley Ordenadora...*”. Op. cit. p. 27.

autorización del Ministerio al que se vincula o, desde luego, del Ministerio de economía y Hacienda”³¹⁰.

La posición de independencia y neutralidad de estos entes administrativos, según ha expuesto otro sector de la doctrina, “se consigue en estos casos añadiendo al reconocimiento legal de una personalidad jurídica propia la garantía formal de una autonomía efectiva de desenvolvimiento en el espacio funcional que la Ley de creación asigna a estos organismos, garantía que básicamente se instrumenta en el plano orgánico, bien reservando a las propias Cámaras el nombramiento de los miembros de sus órganos rectores, bien negando al Gobierno que nombra libremente a estos la facultad de revocar incondicionadamente dichos nombramientos durante el periodo de mandato (tres, seis o más años) que la propia Ley establece”³¹¹.

No obstante tal independencia “nunca es total, ni es total tampoco la ruptura de los vínculos que unen a estas autoridades con el Gobierno y con el Parlamento, que no queda a resultas de la *independencia* de aquellas desapoderado para llevar a cabo la función de control del Poder Ejecutivo que le asigna el artículo 66.2 de la Constitución (...) No hay, pues, independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino, más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución reclama (el pluralismo informativo, el derecho a la intimidad, la estabilidad económica en cuyo marco debe desenvolverse la acción de los poderes públicos por imperativo del artículo 40 de la Constitución, el uso racional de los recursos que reclaman el derecho a disfrutar y el deber de defender el medio ambiente, la libertad de mercado), valores que se entiende serán mejor satisfechos si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista”, pero solo cuando “venga exigida por la realidad y avalada por un apreciable consenso social y se sustente en algún valor constitucionalmente relevante, cuyo mejor servicio la reclame, podrá considerarse constitucionalmente legítima la creación de estas entidades con autonomía reforzada, autonomía que, por lo demás, nunca podrá traducirse en una ruptura total de los vínculos de unión que siempre han de existir entre ellas y el Gobierno y el Parlamento. Tampoco, por supuesto, se tratará nunca de pretender una exención del control judicial”³¹².

En cuanto al reconocimiento de éste tipo de entes en el Ordenamiento español debemos indicar que la LOFAGE (disposición adicional décima) ha excluido del régimen general previsto para los Organismos Autónomos o para las Entidades Públicas Empresariales a los siguientes entes, que se registrarán por su normativa específica: por un lado los denominados entes reguladores tales como la *Comisión Nacional del Mercado de Valores*; la *Comisión del Sistema Eléctrico Nacional*; y la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* y, por otro lado, entes que “por su peculiar finalidad y especiales condiciones e influencia sobre la sociedad deben ser apartados del juego político para garantizar una cierta estabilidad y neutralidad”, tales como la *Agencia de*

³¹⁰ JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier. “Organización instrumental pública...”, op. cit. p. 413.

³¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Curso de...”. Op. cit., p. 406.

³¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. “Curso de ...”. Op. cit. pp. 420 y 421.

*Protección de Datos, el Banco de España, el Consejo de Seguridad Nuclear y el Ente Público Radiotelevisión Española*³¹³.

A la vista de lo expuesto estimamos que la creación de una “autoridad administrativa independiente” para ejercitar las competencias de control y supervisión de la actividad aseguradora privada exige que con ello queden mejor protegidos y garantizados ciertos valores constitucionales tales como, entre otros: -el derecho a la seguridad (artº 17.1); -la libertad de empresa y la economía de mercado (artº 38); -la libertad de la asistencia y prestaciones complementarias de la Seguridad Social (artº 41), que complementan el derecho a la seguridad, antes referido, el derecho a la protección de la salud (artº 43.1) y el derecho a una pensión adecuada (artº 50); -la defensa de los consumidores y sus legítimos intereses(artº 51.1.); y -la obligación de los poderes públicos relativa a la modernización y desarrollo de los sectores económicos (artº 130).

B. Entidades aseguradoras públicas con forma pública

La capacidad para promover Entidades aseguradoras de Derecho público debe reconocerse tanto a la Administración del Estado, como a las Comunidades Autónomas e, incluso, a la Administración Local, ya que la redacción del artº 128.2 de la Constitución, que se refiere a “iniciativa pública” y “sector público”, no se opone a tal reconocimiento, pero no solo habrá que aplicar, en el caso que nos ocupa, la norma constitucional sino que habrán de tenerse en cuenta aquellas normas del Ordenamiento jurídico que sean de aplicación, según los casos, las cuales determinarán así mismo las formas jurídicas utilizables en cada supuesto.

En el ámbito de la Administración del Estado el régimen aplicable viene dado por la LOFAGE, la cual, después de regular los Órganos de la Administración General del Estado, dedica su Título III a los “Organismos Públicos”³¹⁴ y en su artº 43 los clasifica en “Organismos Autónomos” y “Entidades Públicas Empresariales”. Los primeros dependerán siempre de un Ministerio, mientras que las segundas dependerán bien de un Ministerio o bien de un Organismo Autónomo, salvo que, excepcionalmente, puedan depender de otra entidad de su misma clase. Ambos tipos de Organismos deben ser creados por Ley, de acuerdo con el artº 61.1. de la LOFAGE.

Según el artº 45 de dicha Ley los *Organismos Autónomos* se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio “*la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos*”.

Por otro lado, de acuerdo con el artº 53 de la indicada Ley, las *Entidades Públicas Empresariales* son Organismos públicos a los que se encomienda la “*realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés*”

³¹³ Vid. al respecto JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier. “Organización instrumental pública...”, op. cit. pp. 413 a 415.

³¹⁴ El artº 2.3 de la LOFAGE dispone que: “*Los Organismos públicos previstos en el Título III de esta Ley tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado; dependen de esta y se adscriben, directamente o a través de otro Organismo público, al Ministerio competente por razón de la materia, a través del órgano que en cada caso se determine*”.

público susceptibles de contraprestación". Se rigen por el Derecho privado, con algunas excepciones (formación de la voluntad de sus órganos, potestades administrativas que tengan atribuidas etc.).

La LOFAGE "ha querido separar con nitidez los organismos públicos de base empresarial de los que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos para cuya prestación no compiten directamente en el mercado"³¹⁵, por lo cual, en principio, la forma jurídico-pública idónea para realizar la actividad aseguradora privada será la de Entidad Pública Empresarial, la cual al regirse, en general, por el Derecho privado se adapta mejor a las exigencias establecidas por el artº 7 de Ley de Ordenación, en cuanto al sometimiento a la propia Ley, a la Ley de Contrato de Seguro y a la competencia de los tribunales del orden civil.

No obstante lo anterior, podría pensarse en la posible constitución de un Organismo Autónomo para desarrollar actividades administrativas de fomento en el ámbito de la actividad aseguradora privada, lo cual concuerda con los fines que la LOFAGE atribuye a este tipo de organismos públicos y con la finalidad de fomento de dicha actividad que la Ley de Ordenación declara en su artº 1.1 y la función, de esta misma naturaleza, que el artº 70.1 de esta última Ley atribuye al Ministerio de Economía al declarar que este "velará por el funcionamiento y desarrollo ordenado del mercado de seguros, *fomentando la actividad aseguradora*, la transparencia, el respeto y adecuación de sus instituciones".

Ahora bien, un Organismo Autónomo de esta índole debería llevar a cabo su actividad sin acudir a la realización de operaciones de seguro y quedaría fuera del ámbito del artº 7.2 de la Ley de Ordenación, toda vez que, por un lado, este exige el sometimiento a la propia Ley (que contiene preceptos propios del ámbito del Derecho mercantil), así como a la Ley de contrato de Seguro y a la competencia de los tribunales del orden civil y, por otro lado la LOFAGE es taxativa al exigir a este tipo de Organismo público su sometimiento pleno al Derecho administrativo, con lo cual sería incompatible la personificación pública de Organismo Autónomo con la práctica del seguro privado por parte de la Administración del Estado.

En cuanto se refiere a las entidades promovidas por la Comunidades Autónomas habrá que estar a la forma que prevea la legislación de cada una de estas, siendo de aplicación la LOFAGE solo en defecto de aquella. La legislación autonómica, en general, ha acuñado la categoría de "Organismos Autónomos", que pueden ser de carácter administrativo, comercial, industrial, financiero o análogo, y de "Entes de Derecho Público"³¹⁶.

En el ámbito de la Administración Local, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 reconoce, en su artº 85, la existencia de Organismos Autónomos locales como forma de gestión directa de los servicios públicos. Será de aplicación al respecto lo previsto por el Texto Refundido de Régimen Local, por la legislación autonómica de Administración local y, supletoriamente, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955.

³¹⁵ COSCULLUELA MONTANER, Luis. "Manual de Derecho Administrativo". XIª edición. p. 277. Civitas. Madrid. 2000.

³¹⁶Vid. COSCULLUELA MONTANER, L.. "Manual...". Op. cit. p. 273 y ss.

C. Entidades aseguradoras públicas con forma privada

Estas deberán respetar necesariamente las formas jurídico-sociales admitidas por el artº 7.1 de la Ley de Ordenación: *sociedad anónima; mutua; cooperativa o mutualidad de previsión social*.

Ahora bien, no todas las formas sociales citadas son admisibles de plano en igualdad de condiciones. Así, no existe ningún tipo de obstáculo de fondo para el uso de la forma anónima que es, por otra parte, la forma social jurídico-privada por excelencia elegida por las Administraciones públicas para su actuación en el mercado.

No ocurre lo mismo con las mutuas y las cooperativas. Se trata, en estos casos, de entidades cuyos socios, mutualistas y cooperativistas, asumen dicha condición de manera inseparable a la de tomador del seguro o asegurado. A la vista de ello, podría concebirse una entidad aseguradora pública de este tipo formada por otras personas jurídico públicas con el fin de asegurarse de sus propios riesgos, pero sería difícil imaginar una aseguradora pública formada por personas físicas.

Lo mismo puede concluirse de las mutualidades de previsión social, en la cuales, además, podría concebirse la participación pública en calidad de socio protector o promotor, situación esta que en la medida en que puede conllevar la obligación de efectuar aportaciones económicas (artº 64 de la Ley de Ordenación) debe tener en cuenta la legislación presupuestaria aplicable al efecto.

2.1.3. Constitución de la entidad y adquisición de la personalidad jurídica

El artº 7.3 de la Ley de Ordenación dispone que: *“Las entidades aseguradoras se constituirán mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con dicha inscripción adquirirán su personalidad jurídica las sociedades anónimas, mutuas de seguros y mutualidades de previsión social*.

Este precepto zanja la multiplicidad de situaciones que existían en la legislación anterior y pretende dar una solución global al problema, aun a costa de incluir mandatos que no suponen innovación alguna, como es el referido a las sociedades anónimas que reproduce el régimen establecido para estas en su Ley reguladora de 1989 (artº 7.1).

Así, todas las entidades, con independencia de su forma y clase, deberán constituirse en escritura pública que, además, deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, siendo dicha inscripción constitutiva de la personalidad jurídica para todas ellas, con excepción de las Cooperativas a las que la Ley no menciona en este aspecto ya que las mismas adquieren su personalidad mediante la inscripción en el Registro Especial de Cooperativas.

Solo una vez adquirida la personalidad jurídica podrá presentarse la solicitud de autorización administrativa, según dispone el nº 4 del artº 7 de la Ley de Ordenación.

Un caso de especial atención lo plantean las entidades de titularidad y forma públicas que se crean mediante Ley (artº 61.1 de la LOFAGE) y adquieren la personalidad jurídica en virtud de su propia Ley de creación, personalidad que por otra

parte les viene legalmente reconocida por el artº 42 de la Ley antes citada. Podría sostenerse que este tipo de entidades no requieren la escritura pública, ya que su modo de publicidad es incluso de mayor ámbito y eficacia, pero sí parece lógico que deban inscribirse en el Registro Mercantil³¹⁷, con el fin de que pueda llevarse a efecto la apertura de la hoja prevista por el artº 81.2 de su Reglamento para que puedan anotarse en la misma los actos que señalan tanto este último como la propia Ley de Ordenación (ej. cesión de cartera –artº 22.1.c-; fusión y escisión –artº 23.2; medidas de control especial: prohibición de disposición de bienes y sustitución provisional de los órganos de administración –artº 39.2 y 4; inscripción de ciertas sanciones a cargos de administración o dirección –artº 44.3).

Otra peculiaridad de estas entidades es que la solicitud de autorización administrativa deberá hacerse una vez constituidas y conseguida la personalidad jurídica con la publicación en el BOE de su Ley de creación.

2.2. Sociedades anónimas de seguros

Como antes quedó indicado, en el caso de las sociedades anónimas, la Ley de Ordenación no contiene normas de concreta aplicación ya que este tipo de sociedades posee un régimen propio, amplio y preciso que, además, ha sido aceptado por la propia Ley de Ordenación en múltiples supuestos, ya sea por remisión como legislación supletoria, ya sea por haberse inspirado en ella para determinadas regulaciones³¹⁸. Se asume, pues, el pleno sometimiento a la Ley de Sociedades Anónimas de este tipo de entidades cuando practiquen el seguro privado, con excepción de aquellos caracteres especiales que la Ley de Ordenación establece de manera genérica, tales como capitales sociales, objeto social, denominación social, domicilio, autorización administrativa previa, etc.

³¹⁷ Lo cual, además, se encuentra previsto por el propio Reglamento del Registro mercantil que, en su artº 81.1.m) declara obligatoria la inscripción de “*las demás personas o entidades que establezcan las leyes*”.

³¹⁸ ALMAJANO PABLOS, Luis, en “Justificación de la necesidad de la Ley”. “*Estudios y comentarios...*”. Op. cit. pp. 16 y 17, al resaltar la clara conexión de la Ley con el resto del Ordenamiento y que la misma solo regula los caracteres específicos obligados por la naturaleza de la institución aseguradora, señala que: “esto puede observarse en la regulación de Derecho Privado contenida en la LOSSP, en que toma como mecanismo de engarce con el resto del Ordenamiento Jurídico la normativa contenida en la Ley de Sociedades Anónimas, con la que enlaza de una manera directa e inmediata”, y si bien es cierto que la actividad aseguradora no se lleva a cabo solo bajo la forma anónima, “...no puede olvidarse que la actividad aseguradora es una actividad netamente mercantil y que la Ley de Sociedades Anónimas, en lo que al aspecto societario se refiere, es la norma mas completa y depurada y que mayores garantías para la propia sociedad y para los socios contiene”. Así, por ejemplo, al establecerse en el artº 26 de la Ley las causas de disolución se regulan “...únicamente las que son específicas de las entidades aseguradoras, remitiendo el resto a las que podemos considerar comunes de las sociedades anónimas que, en virtud de la extensión que se acaba de exponer [incluir en el artº 26 de la LOSSP las causas de disolución “enumeradas en el artº 260 de la L.S.A.”], también son aplicables a las distintas entidades aseguradoras, aunque no adopten la forma de sociedad anónima”.

*2.3. Entidades de forma mutua*³¹⁹

La explotación del seguro bajo forma mutua tiene una amplia tradición histórica pues el desarrollo y la evolución del seguro han ido unidos a los de este tipo de entidades³²⁰.

Como ha señalado la doctrina, la forma mutua es, realmente, “la forma más antigua de ejercer el aseguramiento y su florecimiento alcanzó gran apogeo con las “guildas” y gremios medievales, hasta que a finales del siglo XVIII, con el espíritu individualista de la Revolución Francesa, recibieron un duro golpe, no tardando en reaparecer en el siglo XIX en sus diversas modalidades (Mutualidades propiamente dichas, Montepíos, Cooperativas, asociaciones tontinas y chatelusianas, etc.). Parece ser que la primera Mutualidad, configurada tal y como aparece actualmente, se debe a Arnoldi, que en el año 1827 creó un Banco de seguros de vida en Ghota”³²¹.

2.3.1. Mutuas a prima fija y a prima variable

La regulación que la Ley de Ordenación hace de las mutuas, y de las cooperativas, tanto a prima fija como a prima variable, prácticamente no difiere en líneas generales de la contenida en la Ley precedente de 1984. Fue esta última la que supuso un cambio importante en el régimen jurídico de estas entidades, modificando sustancialmente el de las mutuas, admitiendo las cooperativas y estableciendo un régimen asegurativo similar para ambos tipos de entidades.

La novedad más importante que se produce con la Ley vigente afecta a su propia sistemática ya que incluye el régimen jurídico de este tipo de entidades en su Título II, Capítulo I, referente a las condiciones de “acceso a la actividad aseguradora”, mientras que la anterior, que no estaba ordenada en Títulos sino únicamente en Capítulos, dedicaba su Capítulo III a regular esta clase de entidades, mientras que reservaba el Capítulo II para las condiciones de acceso.

También han sido introducidas algunas modificaciones relativas al régimen de cesión de cartera en las entidades a prima fija (posibilidad de aceptar las de sociedades anónimas), a la supresión de las cooperativas de seguros de trabajo asociado, a la no consideración de las derramas activas o retornos como rendimientos del capital mobiliario, a la obligación de inscribirse en el Registro Mercantil para las de prima variable, etc.

A. Mutuas a prima fija.

a. Concepto

Según el artº 9.1 de la Ley de Ordenación las mutuas a prima fija son entidades aseguradoras privadas *sin ánimo de lucro* que tienen por objeto la cobertura a sus

³¹⁹ Es importante en este tema el extenso y detallado trabajo de DUQUE, Justino. F. “Mutuas y cooperativas de seguros”, en “*Comentarios a la Ley de Ordenación del seguro privado*”. Op. cit. pp. 309 a 421.

³²⁰ Vid. al respecto SANCHEZ CALERO. Fernando. “*Curso de...*”. Op. cit. pp. 63 y 64.

³²¹ CABALLERO SANCHEZ. E. “*Introducción al...*”. Op. cit. pp.81 y 82.

socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una *prima fija* pagadera al comienzo del periodo del riesgo.

b. Requisitos que deben reunir

El artº 9.2 de la Ley establece los requisitos que deben reunir las entidades de forma mutua a prima, que son los siguientes:

a'. Carecer de ánimo de lucro y contar cada una de ellas, al menos, con 50 mutualistas.

La carencia de ánimo de lucro significa que la mutua no persigue por su tipología, el lucro mercantil. Al respecto ha indicado la doctrina que “las ventajas que para los mutualistas se obtienen son una consecuencia del régimen de autoayuda en que se desarrollan sus relaciones”, y que “la prima., sea fija (pagada de antemano) o variable (en función de los siniestros acaecidos), cumple una misma función: cubrir el importe de los gastos de explotación y de las indemnizaciones que hayan podido producirse.³²²”, razón por la cual la Ley establece el sistema de derramas activas para la devolución de los excedentes en cuanto “procedan de primas no consumidas”.

La exigencia de que las entidades de forma mutua carezcan de ánimo de lucro es tradicional en todo nuestro Derecho de Seguros. Así el Reglamento de 1912 (artº 33.3º: “no ser la operación de Seguro objeto de industria o beneficio para la colectividad aseguradora”); la Ley de 1954 (artº 12, tercera: “no ser la operación de seguro objeto de industria para dicha colectividad aseguradora.”); y la de 1984 (artº 13.1.in fine: “no siendo la operación de seguro objeto de industria o lucro para estas Entidades”).

En esta última Ley, al igual que en la precedente, la carencia de ánimo de lucro se incorpora al concepto legal de la entidad, como fundamental elemento definidor de la misma, con independencia de que la vigente,-y esto es una novedad respecto a la anterior-, vuelva a hacer referencia a dicho carácter al establecer el resto de los requisitos que deben reunir este tipo de entidades.

La Ley en este tema también abandona la tradicional pero confusa terminología usada hasta la Ley de 1984 que hacía referencia a no ser la “operación de seguro” objeto de “industria”, concretando su exigencia en la carencia de “ánimo de lucro”.

Por otra parte se ha mantenido la exigencia del mismo número mínimo de socios que estableció la Ley de 1984, en este caso de 50

b'. Inseparabilidad de la condición de mutualista y la de tomador o asegurado.

Otro requisito exigido es el de que “*la condición de mutualista será inseparable de la de tomador del seguro o de asegurado*”.

Es esta una exigencia también clásica en nuestro Derecho de seguros. Así el Reglamento de 1912 (artº 33 2º), la Ley de 1954 (artº 12 5ª), y la de 1984 (artº13.2.a.).

³²² DUQUE DOMINGUEZ. Justino. F. “Las mutualidades de previsión social”, en “*Estudios y comentarios sobre...*”. Op. cit. p. 210.

Generalmente ha sido interpretada en el sentido de que para ser socio mutualista se había de ser también contratante-tomador o asegurado, considerándose las posiciones contractual asegurativa y la societaria, como posiciones indisolubles cuya disociación solo en casos extremos podría tener lugar, como es el caso de una mutua en liquidación, con sus obligaciones asegurativas ya cumplidas y pendiente de distribuir el remanente social entre los mutualistas.

Con la promulgación de la Ley de 1984 un sector de la doctrina estimó que la rigidez de tal exigencia había quedado rota al establecer aquella en su artº 13.2.a) que “la condición de socio o mutualista será inseparable de la de tomador del seguro o asegurado *en la forma que reglamentariamente se determine*”, referencia esta al futuro desarrollo reglamentario que se estimó como una vía abierta para tal interpretación³²³, aunque, en opinión de la doctrina, el posterior silencio del Reglamento no despejara la cuestión planteada³²⁴.

Particularmente pensamos que tal silencio reglamentario no se produjo. Lo que ocurrió es que en ningún momento el texto legal pensó en la posibilidad de separar la condición de mutualista de la de tomador o asegurado, produciéndose sí un desarrollo reglamentario en su artº 25.1.a)³²⁵ pero acorde con tal criterio, y cuyo régimen es, en el fondo, similar al dispuesto por el vigente Reglamento de Ordenación, el cual en su artº 11.1.a) establece que “*la condición de mutualista se adquirirá a través del contrato de seguro*”, y que “*cuando el tomador del seguro y el asegurado no coincidan en la misma persona, la condición de mutualista la adquirirá el tomador, salvo que en la póliza de seguro expresamente se haga constar que deba serlo el asegurado*”. Para terminar, dicho precepto dispone que “*los estatutos de la entidad deberán entregarse al mutualista en el momento de la firma del contrato de seguro*”.

Creemos que de los textos legales, tal y como están formulados, no cabe sino interpretar que no es posible en una entidad mutua disociar la posición jurídica de socio mutualista de la de tomador o asegurado. Los términos de la Ley en el sentido de que dichas posiciones son “inseparables” y la aclaración posterior del Reglamento estableciendo que la condición de mutualista se adquiere “*a través del contrato de*

³²³ TIRADO SUAREZ, F.J., en “*Ley ordenadora...*”. Op. cit. p.73, considera que “la reforma fundamental de la Ley de 1984 en esta materia es la ruptura del principio mutualista puro, de manera que el artº 14.2.a) [sic], al afirmar que la posición de socio o mutualista será inseparable de la de tomador del seguro o asegurado en la forma que reglamentariamente se determine, tolera expresamente que la mutua contrate con terceros no socios”.

³²⁴ DUQUE, Justino F., “Mutuas y cooperativas de seguros” en “*Comentarios a la Ley de Ordenación...*”. Op. cit. Tomo I, p.366, consideraba que “la LOSP deja abierta la posibilidad de que la condición de socio o mutualista pueda separarse de la de tomador del seguro o asegurado al abrir la posibilidad de regular reglamentariamente que la mutua celebra [sic] contratos de seguro con terceros no socios. Ante el silencio del ROSP se abre el interrogante de saber si el silencio significa el rechazo de esta posibilidad o si, por el contrario, cabe incluirla [sic] en los estatutos sociales una cláusula en la cual se admita y regule esta posibilidad”.

³²⁵ El artº 25.1.a) del Reglamento de Ordenación del Seguro Privado, de 1 de agosto de 1985, disponía que: “*La condición de socio o mutualista será inseparable de la de tomador del seguro o de asegurado (artículo 13,2,a), de la Ley), salvo en las Cooperativas de trabajo asociado, conforme a los artículos 15,1,c), de la Ley y 40,1,c) de este Reglamento. El acceso a la condición de socio, salvo en las citadas Cooperativas, se realizará a través del contrato de seguro, debiendo entregarse al tomador del seguro la póliza correspondiente y los estatutos de la Sociedad. Cuando no sea la misma persona el tomador del seguro y el asegurado, la condición de socia mutualista la adquirirá el tomador, salvo que en la póliza de seguro expresamente se haga constar que deba serlo el asegurado*”.

seguro”, su preferencia por el tomador para la adquisición de dicha condición (salvo que lo sea el asegurado si así lo dispone la póliza) y la obligación de hacer entrega al mutualista de un ejemplar de los Estatutos en el momento de la firma de la póliza, estimamos que son requerimientos suficientes para considerar que en una entidad mutua las posiciones jurídicas societaria y contractual deben de estar indisolublemente unidas en su inicio y mantenidas durante toda la relación, con la única excepción de algunos supuestos muy especiales en los que podría no darse tal coincidencia (disolución, reaseguro, propuesta de Mutua Europea de Seguros, etc.)³²⁶.

Por último, conviene señalar que el Reglamento establece expresamente que “*en ningún caso las entidades de quienes proceda el reaseguro aceptado por las mutuas adquirirán condición de mutualista*”, con lo cual la relación jurídica entre reaseguradora y reasegurada no afecta a la relación societaria mutua, sino que se mantiene en los límites contractuales del propio contrato o tratado de reaseguro, situación esta que ya había sido establecida por la legislación anterior.

c'. Percepción de intereses por las aportaciones al fondo mutual.

Esta fue una importante novedad introducida por la Ley de 1984, ya que con anterioridad a la misma no se permitía la aplicación de intereses a las aportaciones al Fondo Mutua. La medida tuvo como finalidad facilitar la financiación de las entidades mutuas que operaban, en este aspecto, en inferioridad de condiciones respecto a las Sociedades Anónimas que tienen más para facilidad acudir al mercado de capitales ya que sus accionistas pueden, vía dividendos, obtener una rentabilidad de sus aportaciones, mientras que las aportaciones al Fondo Mutua no producían rentabilidad alguna, al no estar el Fondo Mutua dividido en participaciones de ningún tipo. Esta novedad de la Ley permitió, al menos, que los aportantes pudieran obtener una remuneración razonable a su esfuerzo económico, que quedaría considerado como una especie de préstamo con interés, de duración indeterminada y susceptible de devolución bajo determinadas circunstancias.

En este sentido el artº 9.2.c) de la Ley establece que los mutualistas que hayan realizado aportaciones para constituir el Fondo Mutua podrán percibir intereses no superiores al *interés legal* del dinero. El reintegro de tales aportaciones solo podrá tener lugar *cuando el mutualista cause baja en la entidad*, según se indica más adelante, o *cuando lo acuerde la asamblea general* por ser sustituidas con excedentes de los ejercicios económicos.

La devolución, pues, tiene restricciones ya que fuera del supuesto de baja en la entidad, no existe ninguna previsión legal concreta para llevar a cabo la misma, y solo la Asamblea General de mutualistas puede acordarla, siendo soberana para decidir el momento oportuno de la devolución. La existencia de excedentes, según un sector de la doctrina, no obliga a la Asamblea General a destinar todo o parte de los mismos a devolver las aportaciones efectuadas al Fondo Mutua, teniendo aquella, como órgano de máxima representación, libertad para estimar si dicha devolución afecta o no negativamente a los intereses económico-sociales de la entidad³²⁷.

³²⁶ Vid. DUQUE, J.F. “Mutuas y cooperativas en...”. Op. cit. p.367.

³²⁷ Vid. DUQUE, J.F. “Mutuas y cooperativas...”. Op. cit. pp. 399 y 400.

Pero esta amplia capacidad de decisión que tiene la Asamblea General creemos que no puede ser omnímoda, salvo que interpretemos que el Reglamento se ha extralimitado al desarrollar la Ley. Así, el Reglamento en su artº 11.1.b) dispone que *“los resultados positivos, una vez constituidas las garantías financieras exigidas por la Ley, incluso la reserva a que se refiere el artículo 19 de la misma [reserva legal, similar a la de las sociedades anónimas], se destinarán en primer término al reintegro de las aportaciones realizadas para constituir el fondo mutual o a incrementar las reservas patrimoniales, y el exceso de dichas cuantías podrá distribuirse entre los mutualistas”*.

Creemos que la dicción del texto reglamentario respeta la Ley ya que, por un lado, nada dice en contra de la exigencia de que sea la Asamblea General la que valore la situación y, por otro lado, la devolución la plantea con cargo a “resultados positivos” que es sinónimo de “excedente”, requisito exigido por la norma legal. Pero sus términos son claros y obligan a que, una vez cubiertas las garantías financieras exigibles (reserva legal, provisiones técnicas y margen de solvencia, principalmente), aspectos estos en los que la Asamblea sí es plenamente soberana para adoptar la decisión que estime oportuna, si hay excedente su primer destino, al menos en parte, debería ser para la devolución de la aportaciones al Fondo Mutual.

Es importante a estos efectos el sentido que se le pueda dar a la frase *“en primer término”*. Si se estima que afecta solo a la devolución de aportaciones es claro que tal destino tiene preferencia, antes de tener en cuenta los demás posibles.

Si, en cambio, consideramos que la expresión *“en primer término”* se refiere tanto a las aportaciones como a la dotación de reservas patrimoniales y que, además, la “o” que consta en el texto tiene carácter disyuntivo, estos dos posibles destinos del excedente no estarán afectados por orden de preferencia alguno y la Asamblea tanto puede elegir uno como otro.

El Reglamento anterior, en este asunto, hablaba de que los resultados positivos, una vez cubiertas las garantías financieras, *se destinarán en primer término a la restitución de las aportaciones realizadas para constituir el fondo mutual, y el sobrante podrá distribuirse entre los socios o incrementar reservas patrimoniales”*. De este texto se desprende una prioridad clara a favor de la aplicación del excedente para devolver aportaciones, y podría interpretarse que la modificación sufrida en este punto en la redacción del Reglamento vigente se debe a una intención del legislador de dar mayor capacidad de decisión a la Asamblea General a la hora de decidir el reparto del excedente.

La solución no es clara pero, en cualquier caso, sea la que sea la que se adopte, deberá ser lo suficientemente equilibrada como para evitar que las legítimas competencias de la Asamblea General, como órgano soberano, para decidir la marcha de la entidad y adoptar las decisiones que estime más convenientes en beneficio de los intereses sociales, puedan convertirse en actos de arbitrariedad, que perjudicarían los intereses no menos legítimos de aquellos mutualistas que, precisamente, colaboraron con sus aportaciones a que la mutua pudiera cumplir con sus exigencias financieras fundamentales y a su presencia en el mercado y deben poder recuperar las mismas cuando estas ya no sean estrictamente necesarias para el correcto desarrollo económico y financiero de la entidad.

Cabe pensar que esta situación se produciría si interpretamos que la Asamblea puede soberanamente decidir que el excedente se destine año tras año a la dotación de reservas patrimoniales, sin atender las obligaciones de devolución de unos capitales que, a fin de cuentas, no tienen la naturaleza de aportaciones a una actividad económica en la que se comparte el riesgo de la pérdida y no conllevan especiales derechos políticos ni económicos, ya que se trataría de una financiación más cercana a un préstamo mercantil o a un simple préstamo, con interés, del artº 1753 del C. Civil, según consideremos que la naturaleza jurídica de la operación, en la que no vamos a entrar en el presente trabajo, es de índole mercantil o de carácter civil.

Tal capacidad de decisión en manos de la Asamblea podría tener la consecuencia práctica de que las aportaciones no se devolvieran nunca, convirtiéndose en un mecanismo cuasi-expropiatorio, cuya carencia de garantías lo único que generaría es falta de confianza por parte de los posibles aportantes y, con ello, el efecto contrario al que pretende conseguir la normativa permitiendo la retribución de dichas aportaciones, y que no es otro que facilitar la financiación de las entidades mutuas, las cuales por su peculiar estructura no pueden acceder a los mercados de capitales en igualdad de condiciones a las de las sociedades anónimas.

Entre la primera posibilidad de que, una vez cubiertas las garantías financieras legalmente exigibles, todos los excedentes se destinen a devolución de aportaciones, sin atender el reforzamiento de las reservas patrimoniales, y la segunda que permitiría la dotación de estas últimas sistemáticamente sin atender la obligación de devolver las aportaciones, debe existir un término medio, que debería tener regulación legal, en el que se estableciera que, al menos, una parte de los excedentes debiera destinarse a la devolución de dichas aportaciones, de manera que el necesario refuerzo del patrimonio de la mutua y el cumplimiento de sus obligaciones con los mutualistas que efectuaron aportaciones guardaran el necesario equilibrio, liberando de paso a la entidad de los costes financieros correspondientes a los intereses que deben satisfacerse.

En este asunto conviene tener en cuenta que las garantías financieras que deben cumplirse antes de la declaración del excedente vienen constituidas por la reserva legal, las provisiones técnicas y el margen de solvencia y que una de las partidas que integran este último son la reservas patrimoniales.

Pues bien, la Ley exige para el margen de solvencia una cuantía mínima, cubierta la cual legalmente no puede hacerse ningún reproche a la entidad. Otra cosa es que dicha cuantía mínima, incluso correctamente calculada, sea realmente suficiente para garantizar de manera absoluta la solvencia futura de la entidad. Se sabe que ello no es así y, en consecuencia, el margen de solvencia debe tenerse cubierto por encima del mínimo legal si las entidades quieren estar realmente en disposición de poder atender sus obligaciones futuras derivadas de los compromisos asumidos con sus asegurados. El problema radica en que como este límite ya no nace de la ley, sino del análisis técnico de los riesgos que afectan a cada entidad y de los cálculos efectuados a nivel sectorial, la concreción de su cuantía reviste mayores dificultades.

Pero creemos que es en este espacio, el que existe entre la cuantía mínima legal del margen de solvencia y la técnicamente aconsejable, en el que la Asamblea General de mutualistas puede sistemáticamente dotar reservas patrimoniales con la totalidad de los excedentes. Traspasado este umbral debería entrar en funcionamiento un sistema

que permitiera la devolución de las aportaciones al fondo mutual que estimamos no lo son a fondo perdido. Sistema que no tiene por qué impedir que, si individualmente los mutualistas aportantes lo desean y la Asamblea General lo acepta, las aportaciones al fondo mutual puedan seguir en el mismo, devengando los correspondientes intereses.

d'. Responsabilidad de los mutualistas por las deudas sociales. Las derramas pasivas

El principio general, establecido por la Ley, en las mutuas a prima fija es el de que los mutualistas no responden de las deudas sociales salvo que los estatutos establezcan lo contrario. En tal caso, la responsabilidad quedará limitada a un importe igual al de la prima que anualmente paguen y deberá destacarse en las pólizas de seguro. Régimen de responsabilidad idéntico al establecido por la ley de Ordenación de 1984, que sí innovó en este tema respecto a la de 1954 la cual exigía la responsabilidad de los mutualistas en todo caso, permitiendo que esta fuera “limitada o ilimitada, en proporción al capital asegurado”.

Si los estatutos de la entidad establecen la existencia de responsabilidad de los mutualistas esta, como se ha indicado, no puede ser superior “a un importe igual al de la prima que anualmente paguen”. No aclara el Reglamento a qué anualidad se refiere la Ley, como sí hacía el de 1985, el cual en el último apartado de su artº 25.1.d) disponía que “el límite de responsabilidad se refiere a la prima que corresponda al socio conforme a su contrato de seguro en el ejercicio a que haya dado origen a la deuda social”, criterio este que consideramos debe seguir siendo aplicable.

La materialización de la responsabilidad del mutualista se lleva a cabo mediante las *derramas pasivas*, que puede acordar la Asamblea General una vez aprobadas las cuentas del ejercicio económico, lo cual viene previsto por la Ley cuando, en su artº 9.2.e), dispone que “los resultados de cada ejercicio darán lugar a la correspondiente derrama (...) pasiva, que deberá ser individualizada y hecha efectiva en el ejercicio siguiente”.

A esto añade el Reglamento, en el segundo párrafo de su artº 11.1.b), que “si los resultados fueran negativos, serán absorbidos por las derramas pasivas, por reservas patrimoniales y, en último término, por el fondo mutual”. Con ello cabe interpretar que se está marcando un criterio de prudencia financiera y un orden de prelación para subsanar las pérdidas del ejercicio que en primer lugar, y hasta donde pueda alcanzar, deben ser atendidas por los mutualistas en función de su responsabilidad, en segundo término por las reservas patrimoniales, que no son sino la acumulación de los excedentes de años anteriores, y en último lugar por el fondo mutual, que constituye el equivalente financiero del capital social en las sociedades anónimas o cooperativas, procedimiento que tiene como finalidad evitar que para enjugar pérdidas del ejercicio se acuda, sin más trabas, a la descapitalización de la entidad.

Aunque también es posible interpretar el precepto citado en el sentido de que la aplicación de las pérdidas a derramas pasivas o a reservas patrimoniales no implica orden de prelación entre ellas y que la Asamblea General es soberana para establecer si las pérdidas van en todo o en parte con cargo a una sola de ellas o con cargo a las dos.

También el Reglamento, con el fin de que la situación deficitaria no se prolongue en el tiempo sin adoptar medidas, marca un plazo para que estas se lleven a cabo, y así, en el último apartado del precepto referido establece que tales operaciones “*quedarán totalmente ultimadas en el ejercicio siguiente al que se hayan producido los resultados*”, lo cual obliga a que que lo largo de dicho ejercicio se haya producido el saneamiento de las posibles pérdidas.

Acordada la derrama pasiva y exigida esta al mutualista, si se produjera su impago, este será causa de baja del mutualista, una vez transcurridos sesenta días naturales desde que hubiera sido requerido fehacientemente para el pago. En tal caso el contrato de seguro continuará vigente hasta el vencimiento del período de cobertura en curso, momento en el cual quedará extinguido. No obstante subsistirá la responsabilidad del mutualista por sus deudas pendientes. El Reglamento dispone, además, que todo lo anteriormente expresado debe hacerse constar en los estatutos y en las pólizas, exigencia lógica dada la importancia que para los derechos y deberes de los mutualista tienen las normas referidas.

En el establecimiento de derramas pasivas no existe dificultad en su imputación al mutualista cuando este haya permanecido en la mutua el ejercicio completo que da lugar a las pérdidas ya que durante todo él ha hecho correr riesgo a la entidad; pero sí puede plantearse qué ocurre con los que a lo largo de dicho ejercicio se han incorporado a ella o han causado baja en la misma, situación que resuelve el texto reglamentario, en su artº 11.2, cuando dispone que “*a efectos de derramas (...) pasivas los mutualistas se entenderán adscritos a la mutua por ejercicios completos cualquiera que sea la fecha en que se integren o causen baja dentro del ejercicio, salvo que los estatutos dispongan otra cosa*”, regla general que permite otros tratamientos de las situaciones que, eso sí, deberán necesariamente estar contemplados en los estatutos sociales, no pudiendo la Asamblea General enervar por sí solos la norma general prevista por el Reglamento.

e'. Derecho a las derramas activas

La legislación española de seguros, en el caso de las entidades mutuas, denomina “excedente” o “resultado positivo” a lo que en el ámbito de las sociedades anónimas se denomina “beneficio”.

Esta distinción conecta con lo que se puede considerar como el fin institucional de la entidad y el de los mutualistas al adherirse a ella: la mutua opera inicialmente con precios de mercado, que la Ley califica de “prima fija” aunque sería más correcto calificarlo como “prima técnica”, pero si los ingresos así obtenidos superan el coste de las indemnizaciones, los gastos de explotación y la cobertura de las garantías financieras legal y técnicamente exigibles, el sobrante no procede de un beneficio obtenido de operaciones con terceros, repartible entre socios con ánimo de lucro, sino que es un “exceso” producido en las aportaciones de los mutualistas y, en consecuencia, tienen derecho a su devolución. Para eso precisamente se aseguran en una mutua y no en una sociedad anónima.

Tal derecho viene reconocido, con ciertas matizaciones, viene reconocido por el artº 9.2.e) de la Ley al establecer que “*Los resultados de cada ejercicio darán lugar a la*

correspondiente derrama activa (...) o se traspasarán a las cuentas patrimoniales del correspondiente ejercicio”.

En este punto hay que tener en cuenta que, como quedó indicado anteriormente al tratar el tema de la devolución de aportaciones al fondo mutual, el Reglamento, en su artº 11.1.b), establece que de los resultados positivos, una vez constituidas las garantías financieras exigidas por la Ley y aplicada la parte que corresponda a devolver aportaciones al fondo mutual o dotar reservas patrimoniales, *“el exceso de dichas cuantías podrá distribuirse entre los mutualistas”.*

Los términos de la norma conceden a la Asamblea General un amplio margen de discrecionalidad para valorar la situación económico-financiera de la entidad y decidir el modo de reparto del excedente.

También establece la Ley que la derrama pasiva, *“en cuanto proceda de primas no consumidas, no tendrá la consideración de rendimiento del capital mobiliario para los mutualistas”*, lo cual es importante por las repercusiones fiscales favorables que puede tener.

Pero la redacción de la norma parece admitir la posibilidad de que las derramas activas puedan proceder de fuentes distintas a las primas no consumidas, y a tales efectos conviene señalar que lo que se devuelve al mutualista forma parte del “resultado positivo” o “excedente” de la cuenta de resultados que viene dado por la diferencia positiva entre ingresos y gastos del ejercicio, por lo cual no cabe la posibilidad de conceder una derrama activa con cargo a las reservas patrimoniales, que representan la acumulación de excedentes de ejercicios anteriores. Esta puede ser una de las finalidades de la Ley al establecer que la derrama activa *“deberá ser individualizada y hecha efectiva en el ejercicio siguiente”*, impidiéndose así la acumulación en el balance de excedentes de ejercicios anteriores pendientes de reparto.

Por último conviene señalar que en el ámbito de las derramas activas el principio de imputación temporal de las mismas a los mutualistas es el mismo de las derramas pasivas, antes citado: el ejercicio económico completo salvo que, para las altas o bajas ocurridas durante el mismo, digan otra cosa los estatutos sociales.

f'. Derecho a la cuota de liquidación.: baja del mutualista y disolución de la mutua

El artº 9.2.f) de la Ley reconoce el derecho a la cuota de liquidación cuando el mutualista cause baja en la mutua.

A tales efectos, para el cálculo de dicha cuota, se dispone que el mutualista tiene derecho al cobro de las derramas activas y obligación de pago de las pasivas acordadas y no satisfechas. También tiene derecho a que, una vez aprobadas las cuentas del ejercicio en que se produzca la baja, le sean devueltas las cantidades que hubiere aportado al fondo mutual, salvo que hubieran sido consumidas en cumplimiento de la función específica del mismo y siempre con deducción de las cantidades que adeudase a la entidad. Así mismo se establece tajantemente que no procederá otra liquidación con cargo al patrimonio social a favor del mutualista que cause baja.

El derecho a la cuota de liquidación en caso de disolución de la mutua se reconoce en el artº 9.2.g) de la Ley.

Este supuesto ha planteado tradicionalmente la cuestión de qué mutualistas, además de los activos en el momento del acuerdo, tienen derecho al reparto del haber social, dado que el remanente que pudiera quedar se ha formado, en definitiva, con los ingresos efectuados a lo largo de toda la vida de la sociedad, considerándose siempre conveniente establecer algún tipo de límite en el tiempo pues, de lo contrario, la cadena de derechos, incluso por vía de derechohabientes, podría ser abrumadora y entorpecer, cuando no paralizar, la ordenada liquidación de la entidad.

La Ley en el precepto indicado, establece que participarán en la distribución del patrimonio, además de las mutualistas activas en el momento del acuerdo aquellos que *“no perteneciendo a ella en dicho momento, lo hubiesen sido en el período anterior fijado en los estatutos”*, a lo que añade el Reglamento, en su artº 11.1.d), que también se incluirán a quienes *“lo hubiesen sido en los tres últimos ejercicios, o en ejercicios más antiguos si así lo determinan los estatutos”*, estableciendo de esta manera un límite legal general que puede ser ampliado por los estatutos sociales.

Por último hay que mencionar que la Ley al establecer quienes tienen derecho a participar en el reparto del haber social, dispone que *“todo ello sin perjuicio del derecho que les asiste a los partícipes en el fondo mutua”*, con lo que se está reconociendo a estos un derecho preferente a la hora del reparto del remanente social, cosa lógica por otra parte, ya que el principio fundamental de cualquier liquidación social es el pago de todas las obligaciones existentes antes de proceder al reparto entre los socios, y las aportaciones al fondo mutua hechas por los mutualistas, con independencia de su régimen legal específico, deben ser devueltas a quien las efectuó antes de proceder a repartir entre todos los mutualistas el haber social. Obrar de otra manera supondría un enriquecimiento injusto por parte de aquellos que no efectuaron aportaciones o aportaron menos que otros.

c. Principio de igualdad entre los mutualistas

El artº 9.3 de la Ley parte del principio de que no podrán *“establecerse privilegios en favor de persona alguna”*, principio que tiene su aceptación expresa artº 13.1 del Reglamento cuando dispone que *“en las mutuas a prima fija todos los mutualistas tendrán los mismos derechos políticos, económicos y de información”*.

Pero este principio de igualdad no hay que entenderlo como requerimiento de una igualdad absoluta aplicable a todos los mutualistas. Su significado está más en la línea de que la igualdad debe darse entre mutualistas pertenecientes a un grupo en el que concurren las mismas *“circunstancias”*. Lo cual está en consonancia con lo expuesto por la doctrina española, al referirse a la doctrina y legislación alemanas, en el sentido de que *“se establece el principio de igualdad tanto en el aspecto pasivo como en el activo de la relación entre mutualista y Mutua, y que tanto las aportaciones de los miembros de la Mutua como las prestaciones que esta realice a sus mutualistas deben ser calculadas con iguales principios cuando concurren los mismos presupuestos”*³²⁸ [la cursiva es del autor].

³²⁸DUQUE, Justino. F. *“Mutuas y cooperativas...”*. Op. cit. pp. 389 y 390.

d. Normas para el desarrollo reglamentario

El artº 9.3 de la Ley establece el siguiente marco normativo de desarrollo reglamentario:

- los derechos y obligaciones de los mutualistas,
- el tiempo anterior de pertenencia a la entidad para tener derecho a la participación en la distribución del patrimonio en caso de disolución, aspecto este que ya hemos comentado.
- los órganos de gobierno, que deberán tener funcionamiento, gestión y control democráticos; el contenido mínimo de los estatutos sociales; y
- los restantes extremos relativos al régimen jurídico de estas entidades.

Dando cumplimiento al mandato legal el Reglamento regula el contenido mínimo de los estatutos sociales (artº 12); los derechos y obligaciones de los mutualistas (arts. 13 y 14, respectivamente); los órganos de gobierno (artº 15); la composición y competencias de la Asamblea General y la mecánica de adopción de acuerdos (arts. 16 y 17; respectivamente); composición y competencias del Consejo de Administración (arts. 18 y 19) y prohibición a los administradores de conflicto de intereses con los de la mutua (artº 20); aspectos en los que no profundizaremos por exceder de los límites de este trabajo, si bien en nota independiente reproducimos los citados artículos del Reglamento con el fin de que la información presentada enlace con lo que se comentará a continuación³²⁹.

³²⁹ *12. Estatutos*

En los estatutos de las mutuas a prima fija deberán figurar como contenido mínimo los extremos enumerados en el artículo 75 de este Reglamento y los que a continuación se indican

- a) Requisitos objetivos que deberán reunir los mutualistas para su admisión.*
- b) Derechos y obligaciones de los mutualistas.*
- c) Normas para la constitución del fondo mutual, reintegro de las aportaciones de los mutualistas y devengo de intereses por éstas.*
- d) Indicación de si los mutualistas responden por las deudas sociales, en cuyo caso se ajustará al límite fijado en el apartado 2.d) del artículo 9 de la Ley.*
- e) Consecuencias de la falta de pago de las derramas pasivas y aportaciones obligatorias conforme al apartado 1, párrafo c), del artículo anterior.*
- f) Regulación de sus órganos de gobierno.*
- g) Forma en que los mutualistas pueden examinar los documentos a que se refiere el artículo 13, apartado 5, del presente Reglamento.*
- h) Normas que deberán aplicarse para el cálculo y distribución de las derramas.*
- i) Normas de liquidación de cada ejercicio social.*
- j) Sometimiento de los mutualistas, en cuanto tales y no como tomadores o asegurados, a la jurisdicción de los Tribunales del domicilio social de la entidad.*

13. Derechos de los mutualistas

- 1. En las mutuas a prima fija todos los mutualistas tendrán los mismos derechos políticos, económicos y de información.*
- 2. Los derechos políticos de los mutualistas responderán al principio de igualdad. Cada mutualista tendrá un voto. Todos tendrán las cualidades de elector y elegible para los cargos sociales, siempre que estén al corriente de sus obligaciones sociales, así como el derecho de asistir a las Asambleas generales, formular propuestas y tomar parte en las deliberaciones y votaciones de las mismas, todo ello en la forma en que establezcan los estatutos. Además, los elegibles deberán reunir los requisitos de reconocida honorabilidad y cualificación o experiencia profesionales de acuerdo con el artículo 15 de la Ley.*

3. Son derechos económicos de los mutualistas los siguientes:

- a) Percibir intereses por sus aportaciones al fondo mutual, si así lo disponen los estatutos, así como el reintegro de las mismas.
 - b) El cobro de las derramas activas que se acuerden, caso de disolución, conforme al artículo 11.1.d) del presente Reglamento.
 - c) Participar en la distribución del patrimonio en caso de disolución, conforme al artículo 11.1.d) del presente Reglamento.
4. Los mutualistas podrán solicitar la verificación contable de las cuentas sociales de un determinado ejercicio, debiendo efectuarse cuando lo insten por escrito 5.000 mutualistas o el 5 por 100 de los que hubiere el 31 de diciembre último, si resultare cifra menor, siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, y no fuera preceptiva la auditoría de cuentas.

5. En virtud del derecho de información:

- a) Los mutualistas podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la celebración de cada Asamblea General o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Los Administradores estarán obligados a proporcionárselos, salvo en los casos en que, a juicio del Presidente, la publicidad de los datos solicitados perjudique los intereses sociales. Esta excepción no procederá cuando la solicitud esté apoyada por mutualistas que representen, al menos, la cuarta parte del fondo mutual.
- b) Cuando el orden del día prevea someter a la Asamblea General la aprobación de las cuentas del ejercicio económico o cualquier otra propuesta económica, los documentos que reflejen la misma deberán estar puestos a disposición en el domicilio social de la mutua, para que puedan ser examinados por los mutualistas, en la forma que estatutariamente se establezca, desde la convocatoria hasta la celebración. Los mutualistas durante dicho plazo podrán solicitar por escrito al Consejo de Administración las explicaciones o aclaraciones que estimen convenientes para que sean contestadas en el acto de la Asamblea General.

14. Obligaciones de los mutualistas

Los mutualistas estarán obligados a cumplir las obligaciones que señala tanto la Ley como este Reglamento y las establecidas en los Estatutos sociales y, en particular, las siguientes:

- a) Cumplir los acuerdos válidamente adoptados por los órganos de la mutua.
- b) Satisfacer el importe de las derramas pasivas y demás obligaciones económicas estatutariamente establecidas.
- c) Los mutualistas que causen baja serán responsables en los términos establecidos en el artículo 11.1.b) y c) de este Reglamento y en los Estatutos, por las obligaciones contraídas por la mutua con anterioridad a la fecha en que la baja produzca efecto, conforme al apartado 2 del artículo 11 de este Reglamento.

15. Órganos de gobierno

1. Los órganos de gobierno de las mutuas a prima fija son: la Asamblea General y el Consejo de Administración, sin perjuicio de que los Estatutos puedan, además, prever otros.

2. Las mutuas deberán llevar libros de actas para recoger las de sus Asambleas y Consejos.

16. Composición y competencias de la Asamblea General

1. La Asamblea General debidamente constituida es la reunión de los mutualistas para deliberar y tomar acuerdos como órgano supremo de expresión de la voluntad social en las materias que le atribuye la Ley, este Reglamento y los Estatutos de la mutua.

2. Es competencia de la Asamblea General el debate de todos los asuntos propios de la mutua. Las competencias que correspondan a la Asamblea General en virtud de este artículo son indelegables, siendo preceptivo el acuerdo de la misma para:

- a) Nombrar y revocar a los miembros del Consejo de Administración.
- b) Aprobar las cuentas anuales y la aplicación del resultado.
- c) Acordar nuevas aportaciones obligatorias al fondo mutual, e igualmente acordar el reintegro de aportaciones del fondo mutual según lo previsto en el artículo 11.1.b) de este Reglamento.
- d) Modificar los Estatutos sociales.
- e) Acordar la cesión de cartera, fusión, escisión, transformación y disolución de la mutua en los términos de los artículos 22, 23 y 26 de la Ley y concordantes de este Reglamento.
- f) Ejercer la acción de responsabilidad frente a los miembros del Consejo de Administración.
- g) Todos aquellos supuestos exigidos por la Ley, por este Reglamento o por los Estatutos.

e) Normas supletorias para las mutuas a prima fija

El artº 21 del Reglamento establece el principio de aplicación supletoria de la Ley de sociedades Anónimas al establecer que *“en todo lo no previsto en la Ley, en este Reglamento y en los Estatutos de la entidad, se estará a lo dispuesto en la normativa aplicable a las sociedades anónimas, en cuanto no contradiga el régimen específico de esta clase de entidades”*.

Declaración que es un ejemplo de que como indicamos con anterioridad, el régimen de la sociedad anónima constituye el paradigma de organización social para el legislador de la ordenación del seguro privado.

Mantiene el texto reglamentario el mismo criterio básico que su antecesor, si bien lo amplía ya que el Reglamento de 1985 (artº 36) aplicaba la supletoriedad a los *“órganos de gobierno”* y a *“las relaciones de los socios con la entidad”*, y el vigente ha eliminado toda referencia a dichas materias haciendo una remisión general, sin restricciones, a la legislación de sociedades anónimas.

17. Adopción de acuerdos por la Asamblea General

La Asamblea General adoptará los acuerdos por mayoría simple de los votos presentes y representados, salvo que este Reglamento o los Estatutos establezcan una mayoría cualificada. Será necesaria la mayoría de los dos tercios de los votos presentes y representados para adoptar acuerdos de modificación de Estatutos, de fusión, escisión, transformación o disolución de la entidad, así como para exigir nuevas aportaciones obligatorias al fondo mutual y para los demás supuestos que se establezcan en los Estatutos.

18. Composición del Consejo de Administración

1. El Consejo de Administración es el órgano de representación, gobierno y gestión de la mutua. Sus miembros serán nombrados y separados por acuerdo de la Asamblea General.

2. La composición del Consejo de Administración será establecida en los Estatutos. Los miembros del Consejo serán personas físicas con plena capacidad de obrar y deberán ser mutualistas. Podrán desempeñar cargos de administración las personas jurídicas que tengan la condición de mutualistas pero, en este caso, deberán designar a una persona física que reúna los requisitos del artículo 15 de la Ley. Si los Estatutos estableciesen la existencia de sustitutos de los miembros titulares en caso de vacante definitiva deberán determinar su número y el sistema de sustitución.

19. Competencias del Consejo de Administración

Corresponde al Consejo de Administración cuantas facultades de representación, disposición y gestión no estén reservadas por la Ley, este Reglamento o los Estatutos a la Asamblea General o a otros órganos sociales y, en concreto, las siguientes:

- a) Fijar las directrices generales de actuación en la gestión de la sociedad.*
- b) Nombrar los cargos de dirección de la entidad a los que se refiere el artículo 40.1.a) de la Ley.*
- c) Ejercer el control permanente y directo de la gestión de los cargos de dirección.*
- d) Presentar a la Asamblea General las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado.*

20. Limitaciones en la gestión

Está prohibido a los cargos de administración y dirección adquirir o conservar un interés o realizar una actividad que genere conflicto de intereses con la mutua.

B. Mutuas a prima variable

a. Concepto

El artº 10.1 de la Ley establece que *“las mutuas a prima variable son entidades aseguradoras privadas sin ánimo de lucro fundadas sobre el principio de ayuda recíproca, que tienen por objeto la cobertura, por cuenta común, a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante el cobro de derramas con posterioridad a los siniestros, siendo la responsabilidad de los mismos mancomunada, proporcional al importe de los respectivos capitales asegurados en la propia entidad y limitada a dicho importe”*.

Si comparamos esta definición con la utilizada para las mutuas a prima fija vemos que existen, según el texto, varias similitudes (ser entidades aseguradoras privadas, carencia de ánimo de lucro y cobertura de riesgos “a sus socios” personas físicas o jurídicas) y algunas diferencias (estar fundadas en el “principio de ayuda recíproca”, asegurar los riesgos “por cuenta común”, cobro de derramas “con posterioridad a los siniestros” y responsabilidad en función de los capitales asegurados).

A la vista de tales diferencias, podría plantearse si es que el “principio de ayuda recíproca” y el operar “por cuenta común” son caracteres exclusivos de las mutuas a prima variable, sin que puedan predicarse de las mutuas a prima fija.

El principio de “ayuda recíproca”, que es tanto como decir “ayuda mutua”, conecta directamente con el principio de “mutualidad”, cuya más perfecta personificación viene dada por la forma mutua, y en virtud del cual los riesgos de cada uno son asumidos por el resto de la colectividad y, a su vez cada uno participa en la asunción de los riesgos de los demás. Desde este punto de vista la ayuda recíproca también está presente en las mutuas a prima fija

El cubrir riesgos “por cuenta común” enlaza también con el principio de mutualidad en la medida en que su significado es el de “comunidad de riesgos” y mientras que la comunidad de riesgos en una sociedad anónima es una “comunidad meramente económica”, en una entidad mutua se produce lo que se ha denominado como “la identidad de la comunidad técnica (de riesgos) y de la comunidad económica de los mismos”³³⁰.

b. Requisitos

Tanto la Ley, en su artº 10.2, como el Reglamento en el artº 22, se dispone que se aplicarán a esta clase de mutuas todos los requisitos establecidos para las mutuas a prima fija (*nº 2 del artículo 9*), con excepción del régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, y que , además, serán de aplicación los siguientes:

a’. *“Exigirán la aportación de una cuota de entrada para adquirir la condición de mutualista y deberán constituir un fondo de maniobra que permita pagar siniestros y gastos sin esperar al cobro de las derramas”*.

³³⁰Vid este tema en DUQUE, J.F. “Mutuas y cooperativas...”. Op. cit. p.328 y pp. 348 y 349.

Aunque el principio básico de funcionamiento de las mutuas a prima variable viene dado por el reparto “a posteriori” de las correspondientes derramas que sirvan para hacer frente a la siniestralidad, se obliga al cobro de una cuota de entrada y a la constitución de un fondo de maniobra que permita el pago de los siniestros sin esperar al cobro de las derramas, el cual siempre se producirá una vez finalizado el ejercicio social y aprobadas las cuentas por la Asamblea General, aunque nada impide que puedan ponerse al cobro derramas por periodos mas cortos tales como a semestre o trimestre vencidos³³¹. De otra forma el retraso que se podría producir en el pago de las oportunas indemnizaciones podría convertir el seguro en algo inoperante al tener que esperar el asegurado, en ocasiones durante mucho tiempo, con el daño sin resarcir.

El Reglamento establece, por su parte, en el artº 22.a), que la cuota de entrada y del fondo de maniobra deberán regularse en los Estatutos, y su cuantía deberá ser acordada por la Asamblea General. Dispone, así mismo, un límite máximo para la cuota de entrada, la cual no podrá ser superior al “tercio de la suma de las derramas acordadas en los tres últimos ejercicios”, y un límite mínimo para el fondo de maniobra equivalente “al doble del importe medio de la siniestralidad del último trienio”.

b’. “Los administradores no percibirán remuneración alguna por su gestión y la producción de seguros será directa, sin mediación, y sin que pueda ser retribuida”.

Al tener estas entidades, como veremos, un ámbito objetivo limitado y un ámbito territorial también limitado, se considera que son entidades donde la relación con el mutualista es más personal, intensa y directa y que pueden, y deben, funcionar con un esquema de gastos de menor envergadura que las demás entidades y, en consecuencia, se prohíbe remunerar a los administradores y se prohíbe retribuir la comercialización de las pólizas obligando a que esta sea directa, generalmente en las oficinas y locales de la propia entidad, y sin participación de agentes y otros mediadores.

La amplitud de los términos de la Ley puede inducir a pensar que tampoco pueden ser retribuidas las personas que desempeñan la gerencia directa de la entidad y las que colaboran en su marcha habitual, extremo este aclarado por el Reglamento cuando en el artº 22.b) declara excluidos de la prohibición “el Director o Gerente, el personal que preste servicio en la entidad, ni los Administradores en cuanto al reembolso de los gastos originados por el desempeño del cargo”.

c’. “Los riesgos que aseguren deberán ser homogéneos cualitativa y cuantitativamente y los capitales asegurados y gastos de administración no podrán sobrepasar los límites que se determinen reglamentariamente”.

La “homogeneidad cualitativa” de los riesgos hace referencia a la reunión de los mismos en grupos de características similares (ramos y modalidades), principio básico de la técnica aseguradora que tiene como finalidad la de poder obtener conclusiones estadísticas fiables al analizar eventos de naturaleza homogénea.

³³¹ DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando y DEL CAÑO PALOP, José Ramón. “Comentarios al Reglamento de Orenación del seguro Privado”. P. 121. Madrid. 1987.

El artº 22.c), párr. final, del Reglamento dispone que en las entidades mutuas a prima variable “*la homogeneidad cualitativa de los riesgos deberá regularse en los Estatutos*”.

Si tenemos en cuenta que, como indicaremos más adelante, este tipo de entidades solo pueden practicar un único ramo de seguro y que el artº 75 de Reglamento exige, con carácter general, a todas las entidades que en sus Estatutos se haga constar, entre otros extremos, el objeto de la entidad, “*con mención expresa del ramo o ramos (...) en los que desarrollará su actividad*”, se puede concluir que la exigencia efectuada para las mutuas a prima variable no añade nada a la regulación, salvo que se entienda que en este tipo de entidades debe hacerse constar en los estatutos no solo el ramo en el que operen sino, además, las modalidades en que pueda subdividirse el mismo, el riesgo accesorio del principal, en el caso de que sea posible operar en aquel, y, por ejemplo, los caracteres y naturaleza de los bienes que se puedan asegurar.

En lo referente a la “homogeneidad cuantitativa”, el citado artº 22.c) del Reglamento dispone que para lograr esta “*los capitales asegurados de la entidad para cada póliza individual o por cada asegurado en el caso de pólizas colectivas, no podrán ser superiores a cinco veces el patrimonio propio no comprometido de la entidad, sin perjuicio de su política de reaseguro*”.

También los “gastos de administración” necesarios para el funcionamiento de la entidad, que deberán constar en el programa de actividades al que en su momento haremos referencia, han sido limitados por el artº 22.d) del Reglamento, el cual establece que estos “*no podrán exceder del 15 por 100 de la media aritmética de las cuotas y derramas recaudadas en el último trienio*”.

d'. Limitación del ámbito objetivo

Las mutuas a prima variable no pueden operar en el ramo del seguro de vida. Solo pueden hacerlo en un ramo de los distintos al seguro de vida, con excepción de los de crédito, caución y los de responsabilidad civil, salvo, en el caso de este último, que se trate de un riesgo accesorio del de “incendios y elementos naturales”, siempre dentro de los límites del valor del bien asegurable..

Respecto al reaseguro se dispone que no podrán aceptar riesgos pero sí cederlos.

e'. Limitación del ámbito territorial de operaciones

De acuerdo con el artº 10.4 de la Ley este tipo de entidades deben operar en un ámbito territorial limitado que será el menor de los dos siguientes: “*dos millones de habitantes o una provincia*”. Los riesgos que contraten deberán estar localizados en dicho ámbito territorial, “*salvo que se trate de prestaciones para caso de enfermedad o por fallecimiento de personas unidas por un vínculo profesional*”.

2.3.2. Mutualidades de previsión social

Este tipo de entidades se reguló por primera vez por la Ley de 6 de diciembre de 1941 sobre Mutualidades de Previsión Social (derogada por la Ley de Ordenación de

1984) y por el Reglamento de las Mutualidades de Previsión Social de 26 de mayo de 1943 (derogado por el aún vigente Reglamento de Entidades de Previsión Social de 4 de diciembre de 1985).

La Ley de 1984 dedicaba su Capítulo IV: (artículos 16 a 21) a las Mutualidades de Previsión Social, y la Ley de Ordenación vigente reserva, en su Título II, un Capítulo específico, el VII. (artículos 64 a 68), para la regulación de este tipo de entidades.

No obstante ha cambiado la sistemática de su incardinación en el texto legal ya que mientras que en la Ley anterior al Capítulo IV le precedían los relativos a “*disposiciones generales*”, a “*condiciones de acceso*” y a “*sociedades mutuas y cooperativas de seguros*”, y le seguía el referido a “*condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora*”, en la Ley actual le preceden el Título I sobre “*disposiciones generales*” y, en su propio Título, también le preceden los Capítulos que regulan el “*acceso a la actividad*”, las “*condiciones para el ejercicio*”, la “*intervención de entidades aseguradoras*”, la “*actividad en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios*”, el “*reaseguro*” y la “*protección del asegurado*”.

Mientras que en la Ley de 1984, después de regular el “acceso” al mercado, se establecía el régimen de las mutuas y de las cooperativas y, a continuación, el de las mutualidades de previsión social., en la Ley vigente las Mutuas y Cooperativas de Seguros están reguladas dentro del Capítulo I referente al “acceso” y el capítulo relativo a las Mutualidades de Previsión Social ha sido desplazado al séptimo lugar. Tratamiento que, en opinión de un sector de la doctrina, implica introducir confusión en la sistemática de la Ley ya que, no habiendo razón alguna para dar un trato aislado a este tipo de entidades, “lo lógico hubiera sido tratar en el capítulo dedicado al acceso a la actividad aseguradora la regulación específica de todas las formas jurídicas y no solo las mutuas y cooperativas”, situación esta que agrava, además, la calificación de “extraño capítulo” que “parece una Ley dentro de otra” que recibiera en su día el Capítulo IV de la Ley de 1984³³², a pariencia esta última que un sector de la doctrina considera superada aunque se considera que la regulación “no deja de tener problemas de interpretación”³³³.

El régimen jurídico de las Mutualidades de Previsión Social, que fueron incluidas en el régimen de ordenación del seguro privado por primera vez en virtud de la Ley de Ordenación de 1984, ha sufrido con la Ley vigente una serie de modificaciones concretas que, en palabras de su Exposición de Motivos, “*una vez superada la fase inicial de incorporación al régimen asegurador... tienen como finalidad:*

- *Fijar el objeto social de estas entidades como exclusivamente asegurador, si bien, atendiendo a su especial naturaleza, pueden, en el ámbito de otra autorización administrativa específica concedida al efecto, otorgar prestaciones sociales;*

- *Depurar la regulación de sus requisitos, de modo que éstos no pueden entenderse como los precisos para disfrutar de beneficios fiscales sino los esenciales para constituir mutualidades de previsión social;*

³³² TIRADO SUAREZ, F.J. “*Ley ordenadora...*”. Op. cit. p.117.

³³³ DUQUE DOMINGUEZ, Justino. F. “Las mutualidades de previsión social”, en “*Estudios y comentarios sobre...*”. Op. cit. p.198.

- *Permitir, mediante el mecanismo de la autorización administrativa previa a la ampliación de prestaciones, la superación de los límites legales de las prestaciones por aquellas mutualidades que voluntariamente quieran acogerse al régimen de garantías financieras de las mutuas de seguros, constituyendo un régimen especial frente al general de mutualidades de previsión social con menores garantías y, en su consecuencia, con correlativas menores prestaciones;*

- *Prohibir la actividad aseguradora a las federaciones y confederaciones de estas mutualidades, en cuanto que no constituyen entidades aseguradoras sino fenómenos asociativos de las mismas; y*

- *Adecuar su procedimiento de creación al de las restantes entidades aseguradoras, evitando la confusión que se derivaba de la colisión entre los artículos 7 y 17 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado.*

A. Concepto

Según establece el artº 64.1 de la Ley, las Mutualidades de Previsión Social “*son entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras*”.

Dicho artículo establece una definición que, por un lado, no contiene todos los elementos que tipifican el concepto de estas entidades, algunos de los cuales se encuentran relacionados entre los requisitos de los que más adelante hablaremos, y, por otro, respecto a la definición que se establecía en la Ley de 1984 (artº 16.1)³³⁴, no incluye referencias tales como el carácter de “privadas”, la carencia de “ánimo de lucro”, y la mención a su finalidad de “proteger a sus miembros, o a sus bienes” contra “circunstancias y acontecimientos de carácter fortuito y previsible”, caracteres estos últimos, por cierto, inherentes al concepto general de “riesgo”.

Estamos ante el concepto legal de las “mutualidades de previsión social” que si bien no incluye todos los caracteres de este tipo de entidades, sí establece los fundamentales, que deben darse necesaria e ineludiblemente para que una mutualidad pueda ser calificada como de previsión social

El concepto de la Ley vigente resalta su calificación como entidades “*aseguradoras*”, mantiene el carácter “*voluntario*” de la modalidad aseguradora que ejerzan, y sustituye la anterior y más larga referencia a la Seguridad Social por la de “*modalidad (...) complementaria al sistema de la Seguridad Social obligatoria*”.

³³⁴ Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984. Artículo 16.1: “*Las Mutualidades de Previsión Social son entidades privadas que operan a prima fija o variable, sin ánimo de lucro, fuera del marco de los sistemas de previsión que constituyen la Seguridad Social obligatoria, y ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario encaminada a proteger a sus miembros, o a sus bienes, contra circunstancias o acontecimientos de carácter fortuito y previsible, mediante aportaciones directas de sus asociados o de otras entidades o personas protectoras*”.

Tal calificación como entidades “aseguradoras”, con ser importante en la definición, no representa una novedad absoluta en la misma ya que el artº 7.1 de la Ley las incluye como tales, junto con las demás formas sociales aptas para realizar la actividad aseguradora, al propia tiempo que califica a todas como entidades “privadas”, con lo que la supresión de tal calificativo en la definición, a la que se hizo mención anteriormente, creemos que queda subsanada.

Tales entidades deben “ejercer una modalidad aseguradora *de carácter voluntario*”. Terminología esta del artº 64.1 de la Ley que es idéntica a la del artº 16.1 de la Ley de Ordenación de 1984, pero que fue matizada por el artº 1 del anterior Reglamento de entidades de previsión social de 4 de diciembre de 1985, el cual estableció que el carácter voluntario “*se entenderá sin perjuicio de las formas de previsión complementaria que pudieran establecerse con carácter obligatorio a través (...) de actos de autonomía corporativa de grupos profesionales*”.

Pero la Ley vigente, como veremos más adelante, establece el principio de voluntariedad con toda claridad ya que “sin un acto expreso o de consentimiento del futuro mutualista, una persona no adquiere esta cualidad. O, al menos, con una actitud de pasividad, cuando se decreta la pertenencia objetiva a una MPS, es decir mientras el mutualista no se oponga con un acto formal a la adquisición de esta cualidad”³³⁵.

Por ello el vigente Reglamento de Mutualidades de Previsión Social, aprobado por Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, dispone en su artº 6 que la incorporación de los mutualistas a la mutualidad “*es en todo caso voluntaria*” si bien cuando la declaración de incorporación sea “*de carácter general, procedente de acuerdos adoptados por los órganos representativos de las cooperativas o de los colegios profesionales, los interesados podrán oponerse individualmente a su incorporación a la mutualidad*”, derecho que deberán ejercitar en el plazo concedido por el acuerdo de incorporación, plazo que no podrá ser inferior a un mes. Quienes no ejerciten el derecho de oposición se entenderán incorporados a la mutualidad.

La mención a ejercer una modalidad aseguradora “*complementaria al sistema de la Seguridad Social obligatoria*”, podría tener dos interpretaciones.

La primera, con el sentido de considerar que las operaciones aseguradoras realizadas por las mutualidades de previsión social deben “complementar” las coberturas otorgadas por la Seguridad Social en el sentido de ampliar los colectivos protegidos, la cuantía de las prestaciones o incluso las modalidades de estas pero guardando en sus prestaciones, en consecuencia, correlación con la naturaleza de las contingencias y riesgos de cobertura pública. Dicha interpretación no parece correcta toda vez que la misma excluiría, por ejemplo, los riesgos sobre las cosas que forman parte del lícito ámbito de cobertura de estas entidades, según el artº 65 de la Ley, situación que quedaría agravada cuando se solicitara la ampliación de operaciones contemplada en el artº 66 de la misma la cual implica poder operar en ramos como caución, crédito, transportes, etc., que carecen de relación alguna con las coberturas y prestaciones de la Seguridad Social y nunca, en ese sentido, podrían ser considerados como complemento de la Seguridad social.

³³⁵ DUQUE DOMINGUEZ, Justino. F. “Las mutualidades de previsión social”. Op. cit. p. 198

La segunda interpretación es la de considerar que la expresión “*modalidad aseguradora(...) complementaria al sistema de la Seguridad Social obligatoria*” enlaza directamente con el artº 41 de la Constitución española cuando establece que “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. *La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”.

Cabe pensar que el precepto constitucional puede ser interpretado en el sentido de que establece dos regímenes de cobertura. Uno el régimen público de la Seguridad Social, garantizado por los poderes públicos, con independencia de cual sea la fórmula de gestión utilizada, y regulado por la legislación específica de la Seguridad Social. Otro, el régimen de cobertura privada, regulado por la legislación que disciplina el seguro privado y los fondos de pensiones y gestionado por las entidades sometidas a esta legislación. Conviene resaltar que bajo esta interpretación el carácter de modalidad aseguradora “complementaria” de la Seguridad Social Obligatoria no es exclusivo de las Mutualidades de Previsión Social, sino que resulta predicable también respecto del resto de las Entidades Aseguradoras, con lo cual su mención expresa, en el caso que nos ocupa, no aporta realmente ningún elemento diferenciador entre las Mutualidades de Previsión Social y el resto de las Entidades Aseguradoras.

Exige también el concepto legal de mutualidad de previsión social que las aportaciones sean a “*prima fija o variable*”, y que estén realizadas por sus mutualistas, “*personas físicas o jurídicas*”, o por otras “*entidades o personas protectoras*”.

Conviene señalar que, con excepción de la figura del socio protector, todos los caracteres contenidos en el concepto de mutualidad de previsión social son predicables de las otras entidades mutuas.

B. Requisitos

a. Denominación social

Según el artº 64.1, segundo párrafo, de la Ley en la denominación social de estas entidades “*deberá figurar necesariamente la indicación «Mutualidad de Previsión Social», que quedará reservada para estas entidades*”.

Según trataremos más adelante, y de acuerdo con lo establecido por el artº 7.1 de la Ley de Ordenación, al igual que el resto de entidades aseguradoras las mutualidades de previsión social deberán hacer constar en su denominación la palabra “seguros”, su naturaleza, y si son a prima fija o variable.

Únicamente cabe utilizar la indicación de “Mutualidad de previsión social”, sin que quepa otra “similar” tal y como admitía la Ley de 1984, referencia que ha sido eliminada por la Ley vigente. Tampoco podrán utilizarse los términos “entidad de previsión social”, “hermandad”, ni “montepío”, calificativo este último mantenido por la Ley de 1984 pero que no consta en la vigente³³⁶.

³³⁶ DUQUE DOMINGUEZ, J.F. “Las mutualidades de ...”. Op. cit. p. 211.

b. Mutualidades de empresa

El párrafo tercero del artº 6.1, antes indicado, establece que se entenderá que la mutualidad actúa como instrumento de previsión social empresarial “*cuando... todos sus mutualistas sean empleados*” de las empresas, individuales o sociales, o de las instituciones que sean, a su vez, “*socios protectores o promotores*” de la mutualidad, siempre que “*las prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre éstos y aquéllos*”.

No obstante, esta referencia expresa en la Ley no presenta más novedad que la de su reconocimiento formal, ya que la normativa aplicable será la generalmente prevista para las mutualidades de previsión social, sin que exista ninguna previsión legal que las distinga de estas últimas³³⁷.

c. Objeto social

El artº 64.2 de la Ley dispone que “*el objeto social de las mutualidades de previsión social será el recogido en el artículo 11*”, con lo cual el texto legal nos remite a un objeto “*estrictamente asegurador*”, o sea a “*la práctica de las operaciones de seguro y demás definidas en el artículo 3, así como las permitidas en el artículo 5 en los términos expresados en el mismo*”, que ya fueron comentados anteriormente.

Este ámbito objetivo viene, en principio, limitado por la Ley al establecer en su artº 65, al que más adelante nos referiremos, el ámbito de cobertura y prestaciones que constituyen la esfera institucional básica de actuación propia de estas entidades integrada por lo que podemos calificar como “*prestaciones aseguradoras ordinarias*”. Pero la Ley contempla también la posibilidad de ampliar dicha esfera de actividad, permitiendo, por un lado el otorgamiento de “*prestaciones sociales*” artº 64.2) o la “*ampliación de prestaciones y actividades*” (artº 66) distintas a las previstas en el indicado artº 65. En ambos casos se requerirá el cumplimiento de determinados requisitos para poder realizar tales actividades (autorización administrativa, fondo mutual y garantías financieras, principalmente).

d. Otorgamiento de prestaciones sociales

Las prestaciones sociales, actividad típica de las mutualidades de previsión social, no se contemplaban en la Ley de 1984, pero al precisar la vigente, de manera más inequívoca, el carácter exclusivamente asegurador del objeto social de estas entidades, ha sido necesaria su inclusión expresa, ya que no se trata de operaciones que deriven del contrato de seguro. Este carácter lo ha recogido expresamente la Ley de Mutualidades de Previsión social de la Comunidad Autónoma de Madrid, cuyo artº 16.1 las califica como “*toda atención a necesidades de los mutualistas que no corresponda a un previo aseguramiento*”.

³³⁷ BERMUDEZ ODRIOZOLA, Luis. “Régimen jurídico de las entidades aseguradoras españolas de naturaleza privada”, en “*Manual de la nueva ley del seguro. Análisis y comentarios de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*”. Vol. I . p. 60. EXPANSIÓN. Coopers & Lybrand. Madrid. 1995.

El contenido de estas prestaciones suele incluir actividades tales como: becas y cursos para la formación de los hijos de los mutualistas, residencias para la tercera edad, subsidios no contributivos en casos de infortunio, cuidados a domicilio, etc.

El artº 64.2 de la Ley de Ordenación dispone que las mutualidades de previsión social podrán otorgar este tipo de “prestaciones sociales” siempre que cumplan con las garantías económico financieras exigidas por el artº 67 y, además, reúnan los siguientes requisitos:

1º. Que dichas prestaciones hayan sido autorizadas específicamente por la Dirección General de Seguros.

2º. Que mantengan la actividad de otorgamiento de prestaciones sociales con absoluta separación económico-financiera y contable respecto de sus operaciones de seguro.

3º. Que, en todo momento, dispongan del fondo mutual mínimo y tengan adecuadamente constituidas sus garantías financieras.

4º. Que los recursos que dediquen a la actividad de prestación social sean de su libre disposición.

e. Otros requisitos de las mutualidades de previsión social

El artº 64.3 de la Ley, dispone que estas entidades “*deberán cumplir cumulativamente*” una serie de requisitos, que ya no son necesarios “para (...) gozar de las ventajas fiscales previstas en las Leyes”, según terminología de la Ley anterior, ya que la Ley vigente ha eliminado toda referencia al tema fiscal.

Dichos requisitos son los siguientes:

1º. Carecer de ánimo de lucro.

Este aspecto y el siguiente no presentan diferencias respecto a los mismos requisitos exigidos para las entidades mutuas, por lo que nos remitimos a lo comentado al efecto anteriormente.

2º. La condición de tomador del seguro o de asegurado será inseparable de la de mutualista.

3º. Establecer igualdad de obligaciones y derechos para todos los mutualistas, sin perjuicio de que las aportaciones y prestaciones guarden la relación estatutariamente establecida con las circunstancias que concurran en cada uno de ellos. Serán aplicables las reglas contenidas en las letras c), e), f) y g) del número 2 del artículo 9.

Respecto al principio de igualdad reconocido por la Ley nos remitimos a lo comentado al respecto al tratar el régimen de las demás entidades mutuas.

El precepto hace, así mismo, una remisión expresa a lo previsto para las entidades mutuas en materia de remuneración del fondo mutual, reparto de derramas activas, obligaciones y derechos en caso de baja del mutualista y reparto del patrimonio social en caso de disolución y liquidación de la entidad.

4°. Limitar la responsabilidad de los mutualistas por las deudas sociales a una cantidad inferior al tercio de la suma de las cuotas que hubieran satisfecho en los tres últimos ejercicios, con independencia de la cuota del ejercicio corriente.

Esta exigencia no debería ser interpretada en el sentido de considerar que los mutualista responden por las deudas sociales en todo caso. Lo único que establece el precepto es un método de cálculo distinto de los aplicados para las mutuas a prima fija o a prima variable para establecer el límite de exigencia. Para todo lo demás habrá que estar a lo establecido por la Ley, en sus artículos 9 y 10, para este tipo de entidades. Así en la mutualidades de previsión social *a prima fija* el principio general será el de no responsabilidad, debiendo constar esta, en caso contrario, en los estatutos sociales y en las *a prima variable* la responsabilidad será mancomunada y proporcional al importe de los respectivos capitales asegurados³³⁸.

5°. La incorporación de los mutualistas a la mutualidad será en todo caso voluntaria y requerirá una declaración individual del solicitante, o bien de carácter general derivada de acuerdos adoptados por los órganos representativos de la cooperativa o de los Colegios Profesionales, salvo oposición expresa del colegiado, sin que puedan ponerse límites para ingresar en la mutualidad distintos a los previstos en sus estatutos por razones justificadas.

Según un sector de la doctrina, precisamente “una de las cuestiones en las que se ha modificado radicalmente la legislación anterior es la incorporación de los mutualistas a las MPS. Con una fórmula nítida, el artículo 64.3 e) de la Ley, al disponer los requisitos de estas entidades, establece el principio de que “la incorporación a la mutualidad será en todo caso voluntaria y requerirá una declaración individual del solicitante o bien de carácter general”³³⁹.

La declaración de carácter general debe tener su origen en acuerdos adoptados por los órganos representativos de las cooperativas o de los Colegios Profesionales, pero aún en este caso la Ley reconoce la posibilidad de que pueda formularse “*oposición expresa por parte del colegiado*”. Redacción esta de la que se desprende que mientras en los Colegios Profesionales el colegiado puede oponerse, con lo cual se respeta el principio general de voluntariedad, en las Cooperativas no se reconoce tal derecho de oposición siendo vinculante para el cooperativista el acuerdo colectivo de incorporación a la mutualidad. Pero esta situación, en opinión de un sector de la doctrina, contradice abiertamente el principio general de voluntariedad (aplicable “*en todo caso*”, según la dicción de la Ley), “ya que el encabezamiento de la norma se manifiesta sin ninguna restricción”³⁴⁰.

Por ello, como antes quedó indicado, el vigente Reglamento de Mutualidades de Previsión Social, aprobado por Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre, dispone en su artº 6 que la incorporación de los mutualistas a la mutualidad “*es en todo caso voluntaria*” si bien cuando la declaración de incorporación sea “*de carácter general, procedente de acuerdos adoptados por los órganos representativos de las cooperativas o de los colegios profesionales, los interesados podrán oponerse individualmente a su*

³³⁸ DUQUE DOMINGUEZ, J. F. “Las mutualidades de ...”. Op. cit. p. 215.

³³⁹ DUQUE DOMINGUEZ, J. F. “Las mutualidades de ...”. Op. cit. p. 216.

³⁴⁰ DUQUE DOMINGUEZ, J. F. “Las mutualidades de ...”. Op. cit. p. 216.

incorporación a la mutualidad”, derecho que deberán ejercitar en el plazo concedido por el acuerdo de incorporación, plazo que no podrá ser inferior a un mes. Quienes no ejerciten el derecho de oposición se entenderán incorporados a la mutualidad.

6°. La incorporación de sus mutualistas podrá ser realizada directamente por la propia mutualidad o bien a través de la actividad de mediación en seguros, esto último siempre y cuando cumplan los requisitos de fondo mutual y garantías financieras del artículo 67. No obstante, los mutualistas podrán participar en la incorporación de nuevos socios y en la gestión de cobro de las cuotas, en cuyo caso podrán percibir la compensación económica adecuada fijada estatutariamente.

La Ley reconoce en su artº 64.3 f) la posibilidad de utilizar los servicios de agentes y corredores de seguros para la captación de mutualistas, lo cual es una novedad en la Ley vigente ya que la anterior lo prohibía taxativamente.

No obstante, dado que la intermediación supone un coste añadido en el precio del seguro, la Ley exige que para poder utilizar tal posibilidad las mutualidades deben cumplir los requisitos de fondo mutual, provisiones técnicas, margen de solvencia y fondo de garantía previstos en el artº 67, el cual, en general, remite a los preceptos generales que regulan la materia (artículos 16, 17 y 18 de la Ley). Cuando se trate de mutualidades que posean autorización administrativa de ampliación de prestaciones, tales requisitos financieros serán los mismos que se les exigen a las mutuas a prima fija.

Permite la Ley, no obstante, que, sin tener que cumplir los indicados requisitos financieros, los mutualistas puedan realizar labor de captación de nuevas incorporaciones o de gestión de cobro de recibos, pudiendo percibir las compensaciones económicas establecidas al efecto por los estatutos sociales. No obstante, si bien la gestión de cobro de recibos no plantea problemas especiales, no ocurre lo mismo con la actividad de captación de nuevos socios ya que si el mutualista es agente o corredor pensamos que deben cumplirse las previsiones de exigencias financieras requeridas por la Ley, pues de otra forma podría fácilmente obviarse la exigencia legal.

7°. Otorgar sólo las prestaciones enumeradas en el artículo 65 y dentro de los límites cuantitativos fijados en el mismo.

Podría desprenderse de este requisito que las mutualidades de previsión social únicamente (“solo” dice el precepto) pueden realizar las operaciones citadas en el indicado artículo, que más adelante trataremos.

Ello no es realmente así ya que, como hemos visto anteriormente, cumpliendo determinados requisitos, pueden realizar “prestaciones sociales” y solicitar autorización administrativa para la “ampliación de prestaciones”, según trataremos más adelante.

Lo que realmente se contiene en el artº 65 es lo que podríamos denominar “ámbito objetivo básico”, “cobertura básica” o “prestaciones ordinarias”.

8°. Asumirán directamente los riesgos garantizados a sus mutualistas, sin practicar operaciones de coaseguro ni de aceptación en reaseguro, pero pudiendo

realizar operaciones de cesión en reaseguro con entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.

Los riesgos que se asuman deben serlo siempre mediante operaciones de seguro directo, nunca en coaseguro ni reaseguro. La Ley de 1984 no permitía la práctica del coaseguro ni la del reaseguro, en ninguna de sus formas, salvo con sus Federaciones o la Confederación Nacional. Dado que la Ley vigente prohíbe la actividad aseguradora a las indicadas instituciones, se permite a las mutualidades de previsión social que puedan ceder operaciones en reaseguro pero con entidades autorizadas para operar en España, con lo cual tienen vedado la utilización del reaseguro internacional.

9º. La remuneración a los administradores por su gestión formará parte de los gastos de administración, no pudiendo exceder éstos de los límites fijados por el Ministerio de Economía y Hacienda.

Mientras que la Ley de 1984 prohibía remunerar la gestión e los administradores, la vigente sí lo permite, aunque establece que tal remuneración deberá formar parte de los gastos de administración y que estos no podrá superar los límites que fije el Ministerio.

Dichos gastos actualmente están fijados, por la Orden Ministerial de 9 de abril de 1987, en el 25% de las cuotas recaudadas en el ejercicio, salvo el límite que puedan fijar las Comunidades Autónomas, en su caso, o los casos especiales previstos por la propia norma.

10º. En su constitución deberán concurrir al menos 50 mutualistas.

Se trata de un requisito idéntico al exigido para las demás entidades mutuas.

f.- Federaciones y Confederación Nacional

Dichas instituciones, que con la Ley de 1984 ostentaban no solo la representación institucional de las mutualidades sino que, además, podían efectuar operaciones aseguradoras, han pasado con la Ley vigente, artº 64.4, a ser “*entes de representación asociativa de los intereses de las mutualidades de previsión social y en ningún caso podrán realizar actividad aseguradora*”, si bien “*podrán, si están debidamente autorizadas por la Dirección General de Seguros, prestar servicios comunes relacionados con la actividad de las mutualidades de previsión social*”.

C) Ámbito de cobertura y prestaciones

Como señalábamos anteriormente, el artº 65 de la ley al establecer el ámbito de cobertura y prestaciones delimita lo que puede calificarse como “*ámbito objetivo básico*”, “*cobertura básica*” o “*prestaciones ordinarias*”.

Su clasificación es la siguiente:

a. En la previsión de riesgos sobre las personas las prestaciones otorgables son por:

- a'. Muerte, viudedad, orfandad y jubilación, en forma de capital o renta,*
- b'. Matrimonio, maternidad, hijos y defunción,*
- c'. Seguro de accidentes e invalidez para el trabajo,*
- d'. Enfermedad,*
- e'. Defensa jurídica y asistencia, y*
- f'. Ayudas familiares para subvenir a necesidades motivadas por hechos o actos jurídicos que impidan temporalmente el ejercicio de la profesión.*

Las prestaciones económicas que se garanticen no podrán exceder de 3.000.000 de pesetas como renta anual ni de 13.000.000 como percepción única de capital, límites que se podrán actualizar anualmente, considerando la suficiencia de las garantías financieras para atender las prestaciones actualizadas.

b. En la previsión de riesgos sobre las cosas se podrán garantizar los bienes que a continuación se indican, dentro del importe cuantitativo de los mismos:

- a'. Viviendas de protección oficial y otras de interés social, siempre que estén habitadas por el propio mutualista y su familia.*
- b'. Maquinaria, bienes e instrumentos de trabajo de mutualistas que sean pequeños empresarios. A estos efectos se entenderá por pequeños empresarios los trabajadores autónomos por cuenta propia y los profesionales y empresarios, incluidos los agrícolas, que no empleen más de 5 trabajadores.*
- c'. Cosechas de fincas cultivadas directa y personalmente por el agricultor, siempre que no queden comprendidas en el Plan Anual de Seguros Agrarios Combinados, y los ganados integrados en la unidad de explotación familiar.*

Por último, el artº 65.3 de la Ley establece que “*cada mutualidad podrá otorgar la totalidad o parte de las prestaciones mencionadas en los dos números anteriores*”, con lo cual no se cumple en las mutualidades de previsión social, en cuanto a su nivel de cobertura básica se refiere, el principio de especialización en el ramo de vida o en los ramos distintos al de vida, exigido por el artº 11.2 y 3 de la Ley.

D). Ampliación de prestaciones

El artº 66 de la Ley regula lo que podría calificarse como la novedad más importante en cuanto a este tipo de entidades se refiere ya que les permite, previa obtención de una autorización administrativa especial, elevar los límites de las prestaciones establecidos por el artº 65 y operar en otro tipo de riesgos de los indicados en dicho precepto, acogiéndose a la clasificación de ramos de general aplicación y siempre que cumplan los requisitos financieros exigidos a las mutuas a prima fija.

La autorización administrativa de ampliación de actividades compete al Estado, toda vez que para obtenerla se debe ser titular de una autorización que habilite para

ejercer la actividad en todo el Espacio Económico Europeo y esta última es competencia exclusiva de la Administración del Estado.³⁴¹

a. Requisitos

Según el artº 66.2 de la Ley los requisitos necesarios para que una mutualidad de previsión social pueda “*obtener y mantener*” la autorización administrativa de ampliación de prestaciones son los siguientes:

1º. Haber transcurrido, al menos, un plazo de 5 años desde la obtención de la autorización administrativa para realizar actividad aseguradora y ser titular de una autorización válida en todo el Espacio Económico Europeo.

2º. No haber estado sujeta a medidas de control especial, ni haberse incoado a la misma procedimiento administrativo de disolución o de revocación de la autorización administrativa durante los 2 años anteriores a la presentación de la solicitud de autorización.

3º. Poseer el mínimo de fondo mutual, margen de solvencia y del fondo de garantía que a las mutuas de seguro a prima fija exige la presente Ley; y tener constituidas las provisiones técnicas en los mismos términos que deben tenerlas dichas mutuas a prima fija.

4º. Presentar y atenerse a un programa de actividades con arreglo al artículo 12 y sujetarse a la clasificación en ramos respecto de la actividad aseguradora que realicen con ampliación de prestaciones.

Los requisitos antes mencionados, al hacer referencia a los de general aplicación a las entidades de seguros, serán tratados más adelante.

b. Solicitud de autorización, órgano competente y procedimiento

La solicitud de autorización de ampliación de prestaciones se dirigirá a la Dirección General de Seguros, o en su caso al órgano competente de la Comunidad Autónoma, y deberá ir acompañada de los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos antes indicados.

La autorización se concederá por el Ministro de Economía y Hacienda por ramos, abarcando el ramo completo y la cobertura de los riesgos accesorios o complementarios del mismo, según proceda, comprendidos en otro ramo.

En todo lo demás, el procedimiento y la resolución administrativa se ajustarán a lo dispuesto al efecto con carácter general por el artº 6 de la Ley, al que más adelante nos referiremos.

c. Ámbito objetivo de la ampliación y conservación de la cobertura básica

³⁴¹ BERMÚDEZ ODRIOZOLA, L. “Régimen jurídico de ...”. en “*Manual de la nueva Ley del Seguro...*”. Op. cit. p. 66.

La autorización administrativa puede obtenerse en el ramo de vida, y la mutualidad “*podrá continuar realizando además, en su caso*”, las operaciones de previsión de riesgos sobre las cosas a que se refiere el artículo 65.2.

Si la autorización administrativa de ampliación se obtiene en cualquiera de los ramos distintos al de vida, la mutualidad podrá, además, continuar realizando las de previsión de riesgos sobre las personas que autoriza el artº 65.1 y podrá solicitar, con arreglo al artº 6.3, autorización administrativa para “*extender su actividad a otros ramos de vida*” distintos de los autorizados.

En ambos supuestos, y “*únicamente en los ramos de seguro en que hayan obtenido la autorización administrativa de ampliación de prestaciones*”, las mutualidades estarán exentas de los límites que impone el artº 64.3,g) y h, referentes tanto a los límites cualitativos y cuantitativos de la cobertura básica, como a la prohibición de operar en coaseguro y de aceptar riesgos en reaseguro.

En virtud de lo anterior, las prestaciones básicas del artº 65 que no se encuentren amparadas por el ramo o ramos objeto de la ampliación de prestaciones, deberán mantenerse en los límites cualitativos y cuantitativos previstos por dicho precepto.

d. Realización de actividades sin autorización y sanción de nulidad

La realización de actividades que requieran autorización administrativa de ampliación de prestaciones, sin haberla obtenido previamente, “*será reputada operación prohibida*”, y les serán de aplicación las normas generales referentes a la sanción de nulidad de pleno derecho regulada en el artº 5.2 de la Ley (a la que ya hicimos referencia con anterioridad), así como a las medidas de control especial o sancionadoras previstas por la Ley que comentaremos en su momento.

E.. Fondo mutual y garantías financieras

Distingue el artº 67 de la Ley dos supuestos diferentes, según se trate de mutualidades con o sin autorización para la ampliación de prestaciones

a. En el caso de entidades que hayan obtenido autorización administrativa de *ampliación de prestaciones* deberán poseer las mismas garantías financieras que son exigibles a las mutuas a prima fija, relativas a las cuantías mínimas de fondo mutual, margen de solvencia y fondo de garantía, y a la constitución de las provisiones técnicas

b. En los restantes casos:

a'. Deberán constituir un *fondo mutual* de cinco millones de pesetas. Asimismo, formarán con su patrimonio un *fondo de maniobra* que les permita pagar los siniestros y gastos sin esperar al cobro de las derramas.

b'. Tendrán la obligación de constituir las *provisiones técnicas*, y deberán disponer del *margen de solvencia* y del *fondo de garantía* exigidos con carácter general por la Ley. El importe del fondo de garantía será, en todo caso, la tercera parte de la cuantía mínima del margen de solvencia.

Este último inciso implica que a las mutualidades de previsión social no se les apliquen las cuantías mínimas absolutas establecidas para el fondo mutual por el artº 18 de la Ley para el caso de que la tercera parte del margen de solvencia fuera inferior a tales mínimos.

F. Normas aplicables

La Ley establece en su artº 68 un doble sistema de competencias normativas, según se trate de mutualidades de competencia única y exclusiva del Estado o de entidades con competencias normativas y de ejecución de las Comunidades autónomas.

a. Mutualidades de competencia estatal

Cuando la competencia de ordenación y supervisión corresponde al *Estado* (en aplicación del artº 69 de la Ley) las mutualidades de previsión social se regirán por lo dispuesto en el capítulo VII, por las restantes disposiciones de la Ley, en lo que no se opongan al mismo, y por sus normas reglamentarias de desarrollo.

En este sentido, como ha precisado un sector de la doctrina, las normas aplicables a las mutualidades de previsión social serán, en primer lugar, las específicas de este tipo social contenidas en el Capítulo VII de la Ley. En segundo lugar, las previstas para las mutuas a prima fija o a prima variable, en función del modo de operar de cada mutualidad, cuando no haya norma aplicable en el Capítulo VII. Y, finalmente, las normas de general aplicación a las entidades aseguradoras, ya que tal calificación es la que les atribuye el artº 64.1 de la Ley³⁴².

b. Mutualidades con competencias de las Comunidades Autónomas

Cuando se trate de mutualidades respecto sobre las que las *Comunidades Autónomas* hayan asumido en sus Estatutos de Autonomía competencia exclusiva, se regirán, en lo concerniente a su *actividad aseguradora*, por las disposiciones de la Ley y el Reglamento que tengan la consideración de bases de la ordenación de los seguros (según la Disposición Final Primera de la Ley) y por las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en desarrollo de dichas bases.

Aunque no trataremos con carácter general los aspectos legales de la división competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se considera oportuno hacer algunas referencias que afectan a estos aspectos en su aplicación a las mutualidades de previsión social. A este respecto debemos señalar que las Comunidades Autónomas tendrán competencia, de acuerdo con el artº 69.2, primer párrafo, sobre las entidades de seguros, incluidas las reaseguradoras, “cuyo domicilio social, ámbito de operaciones y localización de los riesgos en el caso de seguros distintos del de vida y asunción de los compromisos en el supuesto de seguros de vida, que aseguren *se circunscriban al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma*.”

a'. Competencias normativas

³⁴² DUQUE DOMINGUEZ, J.F. “Las mutualidades de...”, en “*Estudios y comentarios...*”. Op. cit. p.204.

En el ámbito de las *competencias normativas* a las Comunidades Autónomas les corresponde, según el artº 69.2.a) de la Ley, tanto “*el desarrollo legislativo de las bases de ordenación y supervisión de los seguros privados contenidas en esta Ley y disposiciones reglamentarias básicas que las complementen*”, como. la “*competencia exclusiva*” en la regulación de la “*organización y funcionamiento*” de las mutualidades de previsión social y de las cooperativas.

b'. Competencias de ejecución

En el ámbito de las *competencias de ejecución* a las Comunidades Autónomas les corresponde ejercer las competencias “*de ordenación y supervisión de los seguros privados que se otorgan* ” [en la Ley] *a la Administración General del Estado*”. A tales efectos se entenderán hechas al órgano autonómico competente las referencias que en la Ley se contienen al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Dirección General de Seguros (artº 69.2.b. de la Ley).

No obstante, se mantienen en sede estatal las competencias relativas a la *actividad en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de prestación de servicios en el Espacio Económico Europeo* (Título II, Capítulo IV de la Ley); a la *actividad en España de entidades aseguradoras extranjeras* (Título III). Aunque también se mantiene la competencia estatal en el supuesto “*de otorgamiento de la autorización administrativa para el ejercicio de la actividad aseguradora y su revocación*”, que deberá ser comunicada, en su caso, a la respectiva Comunidad Autónoma, en el caso de mutualidades de previsión social, al igual que en el de las cooperativas,. corresponde a las Comunidades Autónomas “*conceder la autorización administrativa y su revocación, previo informe de la Administración General del Estado*”.

c. Desarrollo reglamentario de la normativa sobre mutualidades de previsión social

La Disposición Final 2ª de la Ley establece que “*el desarrollo reglamentario de los preceptos relativos a las mutualidades de previsión social se efectuará por el Gobierno mediante un Reglamento específico para dichas mutualidades*”, y por su parte la D. Adicional 6ª del Reglamento de 1998 que desarrolla dicha Ley dispone que el mismo “*será de aplicación a las mutualidades de previsión social en todo aquello que no se oponga a su Reglamento específico*”.

Como quedó indicado, al comentar las novedades legislativas del periodo en que se publicó la Ley de Ordenación de 1984, la Ley de 1995 vuelve a tratar la regulación de las mutualidades de previsión social mediante un Capítulo específico, el VII, dentro de su Título II. Nos remitimos a lo indicado al respecto en cuanto a las críticas que sobre la sistemática utilizada se han expresado por parte de la doctrina.

En lo referente al desarrollo reglamentario de las normas legales sobre mutualidades de previsión social, sí conviene resaltar en este momento que la Ley de 1984 disponía en su Disposición Final 6ª, que el Gobierno “*dictará el Reglamento*” para su desarrollo (D.F. 6-1), y que “*desarrollará reglamentariamente*” los preceptos de la Ley sobre este tipo de entidades (D.F. 6.2), diferencias de terminología que permitían

pensar en que este último desarrollo reglamentario no tenía que materializarse necesariamente en un reglamento independiente y específico para la materia, ya que, cierto sector doctrinal³⁴³, criticando así mismo la duplicidad de reglamentos para una misma Ley, ponía de manifiesto la falta de concreción del texto legal al decir que “ parece se ha entendido que deban existir dos reglamentos, uno general y otro específico para estas entidades”.

Pero, en este aspecto, la Ley de Ordenación vigente no deja lugar a dudas ya que hace referencia expresa a un “*Reglamento específico*” para desarrollar las normas especiales relativas a las mutualidades de previsión social, que ha sido aprobado por Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre (BOE de 17 de enero de 2003).

Dado que, como ha quedado indicado, el Reglamento de Ordenación de 1998 se declara aplicable a este tipo de entidades “*en todo aquello que no se oponga a su Reglamento específico*”, cabía suponer que la situación final previsible sería similar a la anterior. Y así ha sido ya que el nuevo Reglamento de Mutualidades de Previsión Social está repleto de remisiones al Reglamento de Ordenación, con el fin de evitar duplicidad de normativa idéntica en dos normas reglamentarias que desarrollan una misma Ley, remitiéndonos en este aspecto a lo expresado al comentar la normativa de previsión social en el capítulo II.

2.4. Cooperativas de seguros

La Ley de Ordenación reconoce únicamente dos modos cooperativos para poder desarrollar la actividad aseguradora: la *cooperativa a prima fija* y la *cooperativa a prima variable*. En ambos casos los socios cooperativos son al mismo tiempo contratantes o asegurados y el régimen aplicado, en los aspectos específicos de la actividad, son similares a los de las entidades con forma mutua.

Mientras que la Ley de 1984 admitía también la *cooperativa de trabajo asociado*, en la que los socios aportan su trabajo a la cooperativa que ejercería la actividad aseguradora con terceros no socios, la Ley de 1995 ha suprimido tal posibilidad.

2.4.1. Cooperativas de seguros a prima fija

A. Concepto

La Ley de Ordenación anterior establecía un concepto y unos requisitos específicos comunes para las “*mutuas y cooperativas a prima fija*” en su artº 13.1³⁴⁴, pero la Ley vigente ha modificado la sistemática (también en el caso de las entidades a

³⁴³ DEL CAÑO ESCUDERO, F. y DELCAÑO PALOP, J.R. “*Comentarios...*”. Op. cit. p.16.

³⁴⁴ Artículo trece.–*Sociedades mutuas y cooperativas a prima fija.*

1. Las mutuas y las cooperativas a prima fija son sociedades que tienen por objeto la cobertura a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del periodo del riesgo, no siendo la operación de seguro objeto de industria o lucro para estas entidades.

prima variable) y establece en primer lugar el concepto y los requisitos propios de las entidades mutuas a prima fija (artº9.1, 2 y 3) para, a continuación, referirse a las cooperativas a prima fija (artº .9.4) mediante el establecimiento de algunas características propias de este tipo de entidades (inscripción registral y normas aplicables) y la remisión a lo dispuesto para las mutuas a prima fija en lo que se refiere a los requisitos específicos, en tanto que entidades aseguradoras, contenidos en el artº 9.2.

La remisión que la Ley hace a los preceptos de las entidades mutuas no incluye el apartado nº 1 del artº 9, donde se establece el concepto de entidad mutua a prima fija, por lo que la Ley carece explícitamente de tal concepto en el caso de las cooperativas de seguros a prima fija.

B. Requisitos

La Ley de Ordenación dispone en su artº 9.4.a) que a las cooperativas a prima fija les serán de aplicación las normas contenidas en el nº 2 del mismo artículo referentes a las mutuas a prima fija. Dichas normas, que ya fueron comentadas en su momento, se refieren a [apartados a), b), c), d), e), y f) del artº 9.2]:

- carencia de ánimo de lucro;
- número mínimo de 50 socios;
- condición de socio inseparable de la de tomador o asegurado;
- percepción de intereses y reintegro de las cantidades aportadas al capital social;
- régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales, -régimen de las derramas activas y pasivas y,
- régimen de la cuota de liquidación cuando se produzca la baja del socio.

La Ley excluye de aplicación a las cooperativas las normas para determinar la cuota de liquidación en caso de disolución de las entidades cooperativas, que se regirá por su legislación específica (artº 9.2.g.). Además, como norma de coordinación terminológica en la remisión efectuada al régimen de las entidades mutuas, dispone que *las referencias* hechas a las “*mutuas*”, “*mutualistas*”, “*fondo mutual*” y “*derramas*” se entenderán hechas a las “*cooperativas*”, “*cooperativistas*”, “*capital social*” y “*retorno cooperativo*”, respectivamente, normas estas contenidas igualmente en el artº 23, *in fine*, del Reglamento de Ordenación.

C. Inscripción registral

La regulación vigente ha alterado la establecida por la Ley de 1984 la cual disponía en su artº15.2 que la autorización administrativa debía obtenerse con carácter previo a la inscripción en el Registro de Cooperativas, quedando aquella condicionada a la obtención de esta última.

El artº 9.4.b) de la Ley de 1995 dispone que “*la inscripción en el Registro de Cooperativas deberá tener lugar con carácter previo a la solicitud de autorización administrativa*” establecida por el artº 6 de la Ley.

Dicha exigencia guarda coherencia con la establecida para el resto de las entidades de seguros privadas cuando la Ley, partiendo del principio de que la autorización debe presentarse por un sujeto cierto de derecho con capacidad jurídica suficiente, dispone en su artº 7.4, que “*la solicitud de autorización administrativa(...) únicamente podrá presentarse tras la adquisición de la personalidad jurídica*”, la cual se adquiere con la inscripción en el Registro Mercantil, según el artº 7.3, con excepción de las cooperativas cuya personalidad jurídica nace con la inscripción en el Registro de Cooperativas establecido por su legislación reguladora.

D. Normas aplicables

El artº 9.4.c) de la Ley dispone el siguiente orden de prelación de fuentes aplicables a las cooperativas de seguros a prima fija:

1º.- *Normas específicas* antes indicadas, contenidas en el artº 9 de la Ley.

2º.- Demás disposiciones de la *Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*.

3º.- *Reglamento* que desarrolla la Ley de Ordenación, el cual en su artº 23 dispone que a las cooperativas a prima fija, (y también a las prima variable), les serán aplicables las normas relativas a las mutuas contenidas en el mismo, en la medida en que sean compatibles con su naturaleza jurídica.

4º.- *Ley de Sociedades Anónimas* y.

5º.- con carácter supletorio, la *legislación de Cooperativas*.

2.4.2. Cooperativas de seguros a prima variable

A. Concepto

El concepto de cooperativa de seguros a prima variable sí coincide con el de entidad mutua del mismo tipo, ya que el artº 10.5.a) remite al nº 1 de dicho artº., en el que se contiene el concepto legal referido.

B. Requisitos

Los requisitos exigibles a este tipo de entidades, propios de su actividad aseguradora, también son los mismos que los establecidos para las entidades mutuas de su misma clase, ya que el indicado artº 10.5.a) remite en bloque a los números 2,3 y 4 de dicho precepto, con la única excepción de considerar que la “cuota de entrada” se entenderá como constitutiva del capital social.

Por lo que se refiere a la inscripción registral, a las normas de coordinación terminológica y a las normas aplicables, el artº 10.5.b) y c) reproduce la misma regulación aplicable a las cooperativas a prima fija.

2.5. Sucursales de entidades extranjeras

En su Título III regula la Ley la actividad en España de entidades extranjeras. Su Capítulo I (arts 78 a 86) está dedicado a las entidades *domiciliadas en países miembros del Espacio Económico Europeo*, que podrán ejercer en España bien bajo el *régimen de*

derecho de establecimiento o bien bajo el régimen de *libre prestación de servicios* (tales entidades gozan de un tratamiento especial derivado de la normativa comunitaria la cual desdibuja el concepto habitual de “extranjero”). El Capítulo II (arts. 87 a 89 se refiere a las entidades *domiciliadas en terceros países*, y en él se establece el régimen jurídico y los requisitos para obtener la autorización que son exigibles a las entidades no domiciliadas en ninguno de los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo, para las cuales se establecen los requerimientos que habitualmente han sido exigibles a las entidades de nacionalidad extranjera.

2.5.1. Entidades domiciliadas en países miembros del Espacio Económico Europeo

Respecto a este tipo de entidades, conviene señalar que el artº 78.2 de la Ley establece que las mismas *“deberán respetar las disposiciones dictadas por razones de interés general y las de ordenación y supervisión de las entidades aseguradoras, incluidas las de protección del asegurado, que, en su caso, resulten aplicables. Asimismo, deberán presentar, en los mismos términos que las entidades aseguradoras españolas, todos los documentos que les exija el Ministerio de Economía (...) al objeto de comprobar si respetan en España las disposiciones españolas que les son aplicables. A estos efectos, dichas entidades aseguradoras estarán sujetas a la inspección por el Ministerio de Economía (...) y les será aplicable lo dispuesto en el número 5 del artículo 24”* [de la Ley], referido la no necesidad de autorización administrativa de los modelos de pólizas, bases técnicas y tarifas. En lo relativo a la *inspección* de estas entidades, el artº 131 del Reglamento dispone que la Dirección General de Seguros podrá realizar actuaciones inspectoras en los lugares en los que una entidad aseguradora desarrolle actividad en España *en régimen de libre prestación de servicios*, para comprobar si la estructura de la organización de la que, en su caso, disponga la entidad en España es asimilable a una presencia permanente y, por tanto, al régimen de derecho de establecimiento.

Por su parte, el nº 3 del citado precepto dispone que cuando la Dirección General de Seguros comprobare que una de dichas entidades *“no respeta las disposiciones españolas que le son aplicables, le requerirá para que acomode su actuación al ordenamiento jurídico”*, (debiéndose conceder un plazo al efecto, según prevé el artº 128.3, párrafo primero, del Reglamento), y que en caso de no atender dicho requerimiento, la citada Dirección General *“informará de ello a la autoridad supervisora del Estado miembro de origen, al objeto de que adopte las medidas pertinentes para que la entidad aseguradora ponga fin a esa situación irregular y las notifique a la Dirección General de Seguros”*. No obstante, cuando por no adoptarse las medidas pertinentes o por no resultar adecuadas las adoptadas *“persistiera la infracción del ordenamiento jurídico, la Dirección General de Seguros podrá adoptar, tras informar de ello a las autoridades supervisoras del Estado miembro de origen, las medidas reguladas en el artículo 24.4 [de la Ley: prohibición de pólizas y tarifas] y las previstas en el artículo 39 [de dicha Ley: medidas de control especial] que, en ambos casos, le sean aplicables”*. En caso de urgencia, las citadas medidas podrán ser adoptadas por la Dirección General de Seguros sin necesidad del requerimiento e información anteriormente referidos, *“debiendo informar inmediatamente de dichas medidas adoptadas a la autoridad de supervisión del Estado miembro de origen de la entidad aseguradora”*, según aclara el artº 128.3, cuarto párrafo, del Reglamento..

En el caso de que la Autoridad Supervisora del Estado de origen hubiera revocado la autorización a la entidad, el artº 80.1 de la Ley dispone que “*la Dirección General de Seguros prohibirá a dicha entidad aseguradora la contratación de nuevos seguros*”, cualquiera que sea su régimen de funcionamiento en España, y que con el objeto de salvaguardar los intereses de los asegurados, “*podrá adoptar, en colaboración con la referida autoridad, las medidas de control especial*” previstas en la Ley.

También el nº 2 del citado artº 80 establece que este tipo de entidades *están sujetas a la potestad sancionadora del Ministerio de Economía y Hacienda en los términos de los artículos 40 y siguientes de la (...) Ley, en lo que sea de aplicación y con las siguientes precisiones*”:

1ª. La sanción de revocación de la autorización se entenderá sustituida por la prohibición de que inicie nuevas operaciones en el territorio español.

2ª. La iniciación del procedimiento se comunicará a las autoridades supervisoras del Estado miembro de origen a fin de que, sin perjuicio de las sanciones que procedan con arreglo a la Ley, adopten las medidas que consideren apropiadas para que, en su caso, la entidad ponga fin a su actuación infractora o evite su reiteración en el futuro. Ultimado el procedimiento, el Ministerio de Economía y Hacienda notificará la decisión adoptada a las citadas autoridades.

3ª. Se consideran cargos de administración o dirección de las sucursales el apoderado general y las demás personas que dirijan dicha sucursal.

Así mismo, el artº 80.3 de la Ley establece que si sobre una entidad aseguradora domiciliada en otro Estado miembro se hubiere adoptado por la autoridad supervisora de dicho Estado miembro la medida de control especial de *prohibición de disponer* y solicitare de la Dirección General de Seguros que adopte idéntica medida sobre los bienes de la entidad aseguradora situados en territorio español, con indicación de aquellos que deban ser objeto de la misma, la citada Dirección General adoptará tal medida.

Por último, la Ley en su artº 84 establece que las autoridades supervisoras del Estado miembro de origen de una entidad aseguradora que tenga establecida una sucursal en España podrán proceder, previa información a la Dirección General de Seguros, por sí mismas o por medio de personas a quienes hayan otorgado un mandato para ello, a la inspección de dicha sucursal para efectuar el control que les corresponde, con la colaboración de la Inspección de Seguros.

2.5.2. Sucursales de entidades domiciliadas en terceros países

El artº 87.1. de la Ley dispone el Ministro de Economía “*podrá conceder*” autorización administrativa a entidades aseguradoras domiciliadas en terceros países, no miembros del Espacio Económico Europeo, para establecer sucursales en España al objeto de ejercer la actividad aseguradora. Dicha autorización es de carácter discrecional, mientras que tienen naturaleza reglada las autorizaciones concedidas a las entidades aseguradoras de nacionalidad española (artº 6 de la Ley) y a las sucursales de

entidades suizas para la práctica del seguro distinto al de vida (D.A. 16ª de la Ley y 138 del Reglamento).

A efectos de su posible autorización para su establecimiento en España las entidades domiciliadas en terceros países deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Que, con antelación no inferior a *cinco años*, se hallen debidamente *autorizadas* en su país para operar en los ramos en que se propongan hacerlo en España.

b) Que creen una *sucursal general* cuyo objeto esté limitado a la actividad aseguradora, con domicilio permanente en España, donde se conserve la contabilidad y documentación propia de la actividad que desarrollen.

c) Que presenten y se atengan a un *programa de actividades* ajustado al artº 12 de la ley. Asimismo, deberán presentar la documentación que reglamentariamente se determine, incluso, en su caso, los modelos de pólizas, bases técnicas y tarifas de primas.

d) Que aporten y mantengan en su sucursal en España un *fondo* de cuantía no inferior al *capital social* o fondo mutual mínimos exigidos en el artº 13 de la Ley a las entidades aseguradoras españolas, según los ramos de seguros en que operan, que se denominará fondo permanente de la casa central y, asimismo, que aporten y mantengan en España un fondo de garantía no inferior al mínimo establecido en el artº 18 de la misma.

e) Que acompañen *certificado de la autoridad supervisora* de su país acreditativo de que cumplen con la legislación del mismo, singularmente en materia de margen de solvencia.

f) Que designen un *apoderado general*, con domicilio y residencia en España, que reúna las condiciones exigidas por el artº 15 de la Ley, y con los más *amplios poderes mercantiles* para obligar a la entidad aseguradora frente a terceros y representarla ante los tribunales y autoridades administrativas españoles; si el apoderado general es una persona jurídica deberá tener su domicilio social en España y designar, a su vez, para representarla una persona física que reúna las condiciones antes indicadas. Dicho apoderado deberá obtener previamente la aceptación de la Dirección General de Seguros, quien podrá denegarla o, en su caso, revocarla en aplicación del principio de reciprocidad o por carecer de los requisitos que para quienes ejercen cargos de administración de entidades aseguradoras exige el referido artº 15.

Así mismo, el referido artº 87, en su nº 2, establece que una vez otorgada la autorización administrativa, se inscribirán la sucursal y su apoderado general en el registro administrativo que regula el artículo 74 (registro de entidades aseguradoras y registro de altos cargos de entidades aseguradoras).

La sucursal debe realizar su actividad aseguradora en España con sometimiento a las disposiciones del Título II de la Ley de Ordenación (actividad de las entidades aseguradoras españolas), salvo las del Capítulo IV, (actividad en régimen de derecho de establecimiento y en régimen de libre prestación de servicios en el Espacio Económico europeo) que en ningún caso le serán aplicables, de modo que sus riesgos siempre

deberán estar localizados y sus compromisos asumidos en España. Dicho Título II regula el grueso de la normativa referente a los requisitos de acceso y al ejercicio de la actividad aseguradora, gran parte de la cual es objeto de desarrollo en el presente trabajo, al cual nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

3. GARANTÍAS FINANCIERAS INICIALES: CAPITALS MÍNIMOS.

3.1. Justificación de la exigencia

La exigencia de cifras mínimas de capital social necesarias para poder iniciar la actividad aseguradora privada, junto con la necesidad de obtener la autorización administrativa previa y la obligatoriedad de constituir las provisiones técnicas, es una constante en todas las Leyes que han regulado la materia³⁴⁵.

Su justificación viene dada por la necesidad de que las entidades aseguradoras tengan, al iniciar sus operaciones, suficiente garantía económica para hacer frente a las posibles desviaciones de la siniestralidad, que con alto grado de probabilidad se producirán en los primeros años de funcionamiento, y en tanto el conjunto de operaciones alcanza el número suficiente para que se puedan cumplir las hipótesis estadísticas establecidas en sus bases técnicas, hipótesis con base en las cuales se establecieron las primas necesarias para compensar la siniestralidad y, en consecuencia, el equilibrio técnico entre ingresos por primas y gastos de siniestros³⁴⁶.

El referido equilibrio técnico parte de la base de que una vez estimada la cuantía de la siniestralidad esperada se establecen las primas de manera que estas sean suficientes para hacer frente a dicha siniestralidad y los demás gastos. Pero los cálculos están hechos considerando el comportamiento estadístico de la siniestralidad en un conjunto de eventos y garantizan, si no hubo error en los mismos, que una vez alcanzado el número de operaciones previstas se cumpla la igualdad entre los ingresos por primas y los siniestros, pero no garantizan, lógicamente saber cuando se va a producir la siniestralidad.

Ello significa que al iniciar las actividades puede ocurrir que la siniestralidad prevista se concentre excesivamente en las operaciones iniciales, no dando tiempo a la entidad a alcanzar el volumen de pólizas, necesario según las bases técnicas, que genere a su vez la cuantía de primas suficiente para compensar la siniestralidad en su conjunto.

Ante esta posibilidad la entidad, que no puede argumentarla frente a sus asegurados para eludir sus compromisos jurídicamente adquiridos, debe disponer inicialmente de garantía económica suficiente para poder atender los mismos, aunque los presupuestos técnicos no hayan podido cumplirse todavía. Dicha garantía de solvencia³⁴⁷ la constituye el capital social mínimo legalmente exigible, que cuando el negocio está técnicamente equilibrado queda como componente principal del margen de

³⁴⁵ Así la Ley de 14 de mayo de 1908 (artº 2); la Ley de 16 de diciembre de 1954 (artº 6) y la Ley de 2 de agosto de 1984 (artº 10).

³⁴⁶ Vid. FERNANDEZ PALACIOS, Juan y MAESTRO MARTINEZ, José Luis. "Manual de contabilidad y análisis financiero de seguros". Centro de Estudios del Seguro. S.A. Madrid 1991.

³⁴⁷ Vid. GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, José Elías. "Aspectos Técnicos de la legislación de seguro privado". Centro de Estudios del Seguro. S.A. Madrid 1991.

solvencia ya que, según dispone el artº 6.2 de la Ley, la cifra de capital social o fondo mutual es uno de los “*requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización administrativa*”.

3.2. Supuesto general

3.2.1. Cuantías mínimas de capital social

La Ley, al igual que la de 1984, parte del supuesto de las sociedades anónimas y de las cooperativas a prima fija para establecer los distintos supuestos y cuantías aplicables, según la forma social y el tipo de operaciones.

Así, en su artº 13.1, dispone que “*las sociedades anónimas y las cooperativas de seguros a prima fija deberán tener los siguientes capitales sociales mínimos cuando pretendan operar en los ramos que a continuación se enumeran*”:

a) 1.500.000.000 de pts en los ramos de vida, caución, crédito, cualquiera de los que cubran el riesgo de responsabilidad civil y en la actividad exclusivamente reaseguradora.

b) 350.000.000 de pts., en los ramos de accidentes, enfermedad, defensa jurídica, asistencia, y decesos.

No obstante, las entidades que únicamente practiquen el *seguro de asistencia sanitaria* y limiten su actividad a un *ámbito territorial con menos de dos millones de habitantes*, será suficiente la *mitad del capital* o fondo mutual previsto en el párrafo anterior.

c) 500.000.000 de pts., en los restantes.

3.2.2. Desembolso mínimo y carácter nominativo de los títulos

El artº 13.1, en su último párrafo, establece que el capital social mínimo estará “*totalmente suscrito y desembolsado al menos en un 50 por ciento*” y que los demás desembolsos de capital por encima del mínimo se ajustarán a la legislación mercantil general.

Exige también la Ley que “*en todo caso*”, el capital estará representado por títulos o anotaciones en cuenta nominativos. Esta exigencia, que no constaba inicialmente en la Ley de 1984 fue incorporada a la misma por la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (D. Adicional Primera, apartado séptimo).

3.3. Casos especiales.

3.3.1. Mutuas a prima fija, sin régimen de derrama pasiva

El artº 13.2 de la Ley establece que estas entidades deberán acreditar “*fondos mutuales permanentes*”, aportados por sus mutualistas o constituidos con excedentes de los ejercicios sociales cuyas “*cuantías mínimas*”, según los ramos en que pretendan

operar serán las “señaladas (...) como capital desembolsado de las sociedades anónimas”.

El texto inicial de la Ley no hacía referencia a la cifra de capital desembolsado, que sí estaba reconocida como límite por la Ley de 1984, y remitía a las cifras mínimas de capital suscrito. No obstante, el artº 13 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social incorporó el límite del capital desembolsado al régimen establecido para las mutuas a prima fija, sin derrama pasiva.

3.3.2. Mutuas a prima fija, con régimen de derrama pasiva

En este caso la cifra de fondo mutual exigible “*las tres cuartas partes*” de la cuantía exigida a las mutuas a prima fija sin derrama pasiva.

La diferencia de trato se debe a la posibilidad de que este tipo de entidades puedan reclamar de sus socios la financiación necesaria mediante la aprobación de la correspondiente derrama pasiva..

3.3.3. Cooperativas y mutuas de seguros a prima variable

Según lo establecido por el artº 13.3 de la Ley, las *cooperativas* a prima variable deberán acreditar un *capital social* suscrito e íntegramente desembolsado de *cincuenta millones* de pesetas, y las *mutuas* a prima variable deberán acreditar un *fondo mutual* permanente cuya cuantía mínima será de *cinco millones* de pesetas.

3.3.4. Mutualidades de previsión social

En este caso el artº 13.4 de la Ley, que exige que dichas entidades “*deberán acreditar un fondo mutual permanente*”, remite en cuanto a la cuantía al artº 67 de la misma, en el cual se dispone que cuando se trate de mutualidades que hayan obtenido la autorización de *ampliación de prestaciones* el fondo mutual exigible será el mismo que el de las *mutuas a prima fija*, y en los *demás casos* la cuantía del fondo mutual será de *cinco millones* de pesetas.

En el caso de mutualidades con ampliación de prestaciones no aclara el artículo 67 a qué tipo de mutuas, con o sin derrama pasiva, se refiere para hacer la equiparación del fondo mutual. Dado que en las mutualidades de previsión social se exige en todo caso la responsabilidad de los mutualistas por las deudas sociales cabe pensar que el fondo mutual de referencia ha de ser el correspondiente a las mutuas con derrama pasiva.

3.3.5. Actividad en varios ramos y acumulación de capitales sociales

La Ley, en su artº 13.5, establece que cuando una entidad ejerza la actividad en varios ramos de seguro directo distinto del de Vida “*deberán tener el capital o fondo mutual correspondiente al ramo para el que se exija mayor cuantía*”.

No obstante, dispone dicho precepto que cuando, de acuerdo con lo permitido por el artº 11.2 y 3, una entidad opere exclusivamente en los ramos de Vida, Accidentes y

enfermedad su capital social o fondo mutual “*será el correspondiente a la suma de los requeridos para el ramo de vida y para uno de los ramos distintos al de vida [accidentes y enfermedad] de los que operen*”, los cuales tienen la misma exigencia de capital mínimo..

Otro supuesto, excepcional en este caso y previsto por la Disposición Transitoria 4ª de la Ley, es el de las entidades que antes de la entrada en vigor de la ley de Ordenación de 1984 estaban autorizadas para operar conjuntamente en el ramo de vida y en ramos distintos a este. En tal caso deberán tener, como mínimo, un capital social o fondo mutual igual a la suma del correspondiente al ramo de vida y el de mayor cuantía de los ramos no vida.

4. OTROS REQUISITOS:

4.1. Denominación social.

4.1.1. Uso obligatorio de las palabras que indiquen su objeto social, forma y clase.

Siguiendo el planteamiento de la Ley de 1984, el artº 7.5 de la Ley de 1995 establece una serie de requerimientos que deberán ser tenidos en cuenta a la hora de establecer la denominación social de las entidades aseguradoras, con la finalidad de que los terceros contratantes con la entidad, y especialmente los tomadores de las pólizas y asegurados, puedan conocer con certeza el tipo de entidad con la que contratan dada las diferencias que existen entre ellas, en cuanto a su ámbito objetivo de actividad y a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, principalmente.

Así, el artº 7.5 de la Ley de Ordenación dispone que “*en la denominación social de las entidades aseguradoras se incluirán las palabras «seguros», o «reaseguros», o ambas a la vez, conforme a su objeto social, quedando reservadas las mismas en exclusiva para dichas entidades También las mutuas, cooperativas y mutualidades de previsión social consignarán su naturaleza en la denominación e indicarán si son «a prima fija» o «a prima variable»*”.

Con excepción de la eliminación de la referencia que se hacía a que las “Entidades aseguradoras” a las que se refería la Ley anterior eran las “*domiciliadas en España*”, el resto del texto coincide con el correlativo de la Ley de 1984.

La obligatoriedad de usar las palabras “seguros”, “reaseguros” o ambas, conforme a su objeto social, hay que entenderla aplicable tanto a las entidades privadas como a las públicas³⁴⁸.

Respecto a la inclusión del término “reaseguros”, el Reglamento de Ordenación de 1985 establecía que solo “*se utilizará cuando la Entidad acepte la cobertura de riesgos en reaseguro y no cuando solamente los ceda*” (artº 19.2), solución esta que parece la correcta dado que la denominación hay que relacionarla con el objeto social³⁴⁹.

³⁴⁸ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “*Comentarios a la Ley de Ordenación...*” p. Cit. Tomo I. P. 213.

³⁴⁹ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”. Op.cit. p.214.

No obstante conviene señalar que el artº 9 del vigente Reglamento de Ordenación ha eliminado dicha referencia y puede surgir la duda de si se ha pretendido eliminar tal limitación. Pensamos que la interpretación debería ser la misma toda vez que las referidas “palabras” deben incluirlas las Entidades “*conforme a su objeto social*” y este viene marcado, cualquiera que sea la forma social, por la aceptación de riesgos ya sea en seguro directo o en reaseguro. De otra forma también las entidades que solo pueden ceder riesgos en reaseguro pero no pueden aceptarlos, como es el caso de las mutuas y cooperativas a prima variable y las mutualidades de previsión social, podrían incluir en su denominación el término “reaseguros” con lo cual se eliminaría la eficacia publicitaria de la norma.

También exige la Ley que las mutuas, las cooperativas y las mutualidades de previsión social hagan constar en su denominación tanto su “*naturaleza*” como si son “*a prima fija*” o “*a prima variable*”, exigencias lógicas habida cuenta del distinto régimen de responsabilidad de los socios y de ámbito objetivo y territorial que pueden darse en dichas entidades.

En el caso de las mutualidades de previsión social, la propia Ley establece en el artº 64.1, segundo párrafo, que estas entidades deberán hacer constar en su denominación la indicación “*mutualidad de previsión social*”, la cual “*quedará reservada para estas entidades*”.

En el supuesto de las entidades cooperativas, por la misma razón que la Ley de Ordenación no dispone nada al respecto para las sociedades anónimas (lo exige el artº 2.1 de su Ley reguladora), la referencia a que conste la naturaleza de las entidades cooperativas no hubiera sido necesaria toda vez que la misma ha sido una constante en la Leyes que regulan esta forma social³⁵⁰, exigencia que pervive en el artº 1.3 de la vigente Ley de Cooperativas de 16 de julio de 1999, el cual dispone que en la denominación social de las mismas deben constar necesariamente las palabras “Sociedad Cooperativa” o su abreviatura “S. Coop.”.

4.1.2. Uso exclusivo de la denominación social

La Ley también establece, además, el derecho de *uso exclusivo* de los términos “seguros” y “reaseguros”, lo cual es lógica consecuencia de la obligatoriedad de su uso y los fines de transparencia que se pretenden con el mismo. No obstante puede surgir la duda de si tal uso exclusivo es aplicable también a las referencias que deben hacerse a la “naturaleza” y al carácter de “a prima fija” o “a prima variable”.

Respecto al tema de la “naturaleza”, en el caso de las entidades cooperativas, el artº 1.3 de su Ley reguladora establece que la denominación “Cooperativa” o “S. Coop.” será “*exclusiva*” de estas sociedades.

En el supuesto de las Sociedades Anónimas su Ley específica no reconoce explícitamente la exclusividad de uso de la indicación de su forma social o de su abreviatura “S.A.”, pero el Reglamento del Registro Mercantil de 19 de julio de 1996, por un lado establece en su artº 403.1, con carácter general, que “*en la denominación social deberá figurar la indicación de la forma social de que se trate o su abreviatura*”

³⁵⁰ TIRADO SUAREZ, F.J. “*Ley ordenadora...*”. Op. cit. p.103.

y, por otro lado en número 2 d dicho artículo, al precisar las abreviaturas utilizables por las sociedades inscribibles dispone que las mismas “solo” podrán ser utilizadas por cada tipo social adjudicando a las sociedades anónimas, como s lógico, la abreviatura “S:A.”; también el artº 406 del mismo cuerpo legal al prohibir las denominaciones que induzcan a error dispone que “no podrá incluirse en la denominación término o expresión alguna que induzca a error o confusión en el tráfico mercantil *sobre la propia identidad de la sociedad o entidad y sobre la clase o naturaleza de estas*”, prescripción que impide que cualquier forma social pueda utilizar los apelativos que caracterizan a otra distinta y obliga a que cada una use los que le son propios para evidenciar su identidad, clase y naturaleza.

Las mutualidades de previsión social ya vimos que la propia Ley de Ordenación les reserva en exclusiva la indicación “mutualidad de previsión social”.

Únicamente queda la duda de si las entidades mutuas tienen o no tal derecho de uso exclusivo sobre la indicación que define su forma jurídica. Pensamos que la respuesta debe ser positiva a la vista de la finalidad de claridad y transparencia que pretende el artº 7.5 de la Ley de Ordenación, máxime cuando, en cualquier caso, sería de aplicación el citado artº 406 del Reglamento del Registro Mercantil a las entidades mutuas las cuales, además, son entidades inscribibles en el mismo de conformidad con el artº81.d) de dicho Reglamento.

En cuanto a indicar en la denominación de las entidades mutuas, cooperativas y mutualidades de previsión social la referencia a si son “a prima fija” o “a prima variable”, creemos que también debe reconocérsele el derecho de uso exclusivo de tales calificativos, por las razones apuntadas en el párrafo anterior, tanto por la finalidad de la norma como por la aplicación del indicado artº 406 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que dichos calificativos afectan a la clase y naturaleza de este tipo de entidades.

4.1.3. Prohibiciones del Reglamento de Ordenación

Además de las previsiones contenidas por la Ley en materia de denominación social, el Reglamento de Ordenación, en su artº 9, establece tres criterios limitadores al disponer que ninguna entidad podrá adoptar una denominación “*que venga utilizando otra*”, “*que induzca a confusión*” o “*que haga alusión a otra actividad distinta de la propia aseguradora*”.

Los dos primeros criterios constaban también en el Reglamento de 1985. Ambos enlazan con lo preceptuado por el Reglamento del Registro Mercantil a efectos de la prohibición de denominaciones que induzcan a error o confusión (artº 406), de la prohibición de usar denominaciones idénticas a las de otras sociedades o entidades inscritas en la Sección de denominaciones del Registro Mercantil Central (artº 407) y a la formulación del concepto de identidad en la denominación (artº 408) respecto del cual, después de marcar las reglas para determinar cuando existe identidad en la denominación social³⁵¹, se establece que “*se prescindirá de las indicaciones relativas a*

³⁵¹Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el reglamento del Registro Mercantil. Artículo 408 *Concepto de identidad*.

la forma social o de aquellas otras cuya utilización venga exigida por la ley”. Ello significa que, en cuanto a las entidades aseguradoras se refiere, los términos “sociedad anónima”, “mutua”, “cooperativa”, “mutualidad de previsión social”, “seguros”, “reaseguros”, “a prima fija” y “a prima variable” no deberán ser tenidos en cuenta a efectos de establecer la existencia o no de identidad en las denominaciones sociales.

El tercer criterio limitativo establecido por el Reglamento de Ordenación hace referencia a que la denominación social no podrá hacer “*alusión a otra actividad distinta de la propia aseguradora*”, lo cual es coherente con la exclusividad de objeto social asegurador establecido por el artº 11.1 de la Ley.

Por último hay que señalar que el Reglamento, en su artº 9.2, dispone un cuarto criterio limitador al prohibir que se incluyan en la denominación social “*palabras que puedan interpretarse como definidoras de la naturaleza jurídica pública u oficial de la entidad, salvo que la misma tenga tal naturaleza*”.

Dado que a tenor de lo dispuesto por el artº 7.1 y 2 de la Ley las entidades que practiquen el seguro privado pueden tener tanto naturaleza privada como pública, es necesario que en las respectivas denominaciones sociales quede claro a que grupo pertenece cada una de ellas si que pueda generarse error o confusión al respecto.

A tal efecto lo establecido por el Reglamento de Ordenación debe ser puesto en relación con lo prevenido por el artº 405 del Reglamento del Registro Mercantil el cual al regular la “prohibición de denominaciones oficiales”, impide que las sociedades y demás entidades inscribibles puedan, en cualquier caso, utilizar en su denominación social los nombres de “España”, sus “Comunidades Autónomas”, “Provincias”, “Municipios”, “Organismos y Departamentos” de la Administración Pública, “Estados extranjeros” y “Organizaciones internacionales”. Tampoco pueden usarse los adjetivos “nacional”, “estatal”, “autonómico”, “provincial”, o “municipal”, salvo que se trate de sociedades donde la respectiva Administración Pública, u Organismo Autónomo en su caso, posean directa o indirectamente la mayoría del capital social. También se prohíbe el uso del término “oficial” salvo cuando la Administración pública ostente la mayoría del capital social.

1. Se entiende que existe identidad no solo en caso de coincidencia total y absoluta entre denominaciones, sino también cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. La utilización de las mismas palabras en diferente orden, género o número.

2ª. La utilización de las mismas palabras con la adición o supresión de términos o expresiones genéricas o accesorias, o de artículos, adverbios, preposiciones, conjunciones, acentos, guiones, signos de puntuación u otras partículas similares, de escasa significación.

3ª. La utilización de palabras distintas que tengan la misma expresión o notoria semejanza fonética.

2. Los criterios establecidos en las reglas 1ª, 2ª y 3ª del apartado anterior no serán de aplicación cuando la solicitud de certificación se realice a instancia o con autorización de la sociedad afectada por la nueva denominación que pretende utilizarse.

En la certificación expedida por el Registrador Mercantil Central se consignará la oportuna referencia a la autorización. La autorización habrá de testimoniarse en la escritura o acompañarse a la misma para su inscripción en el Registro Mercantil.

3. Para determinar si existe o no identidad entre dos denominaciones se prescindirá de las indicaciones relativas a la forma social o de aquellas otras cuya utilización venga exigida por la ley.

4.1.4. Cambio de la denominación social

La autorización de la denominación social originaria es un requisito para la concesión de la autorización³⁵², pero no consta en el Reglamento de Ordenación la referencia expresa que contenía el de 1985 a que “el cambio de denominación social *se comunicará* en forma fehaciente a la Dirección General de Seguros” (artº 19.6), lo cual implicaba que tal cambio no requería la solicitud de autorización previa del Órgano de Control sino la simple comunicación del mismo, aunque hay que señalar que dicho precepto debía ser puesto en concordancia con el artº 14.2.b) de la misma norma, el cual disponía que “*las modificaciones en los estatutos [y el cambio de denominación lo es] se notificarán a la Dirección General de Seguros dentro de los diez días siguientes a su aprobación por la Junta General, se enviará copia de la escritura pública correspondiente un vez que se haya otorgado, y se inscribirá en el Registro Mercantil, si procede*”. Ello implicaba la existencia de un cierto control previo de la adecuación del cambio de denominación a lo establecido por la Ley de Ordenación, ya que el Órgano de Control debía ser informado del mismo con anterioridad a la documentación del acto en la correspondiente escritura pública y a su inscripción en el Registro Mercantil, en su caso, aunque sin condicionar la substanciación de estos dos últimos trámites a la contestación por parte de la Administración, la cual podría dar su parecer en caso de observar algún reparo, evitando la continuación de la formalización documental del acto y los consiguientes gastos derivados del mismo.

La desaparición en el Reglamento de Ordenación vigente de tal referencia expresa a que “el cambio de denominación social *se comunicará* en forma fehaciente a la Dirección General de Seguros” creemos que no es motivo para interpretar que dicho cambio requiere la autorización previa administrativa. Ello es así porque, por un lado, la Ley de Ordenación considera que la denominación social es uno de los requisitos para obtener y conservar la autorización administrativa dado que la misma puede ser denegada cuando “*los estatutos no se ajusten*” a la Ley, situación que se producirá si la denominación social, que necesariamente debe incluirse en ellos [artº 75.a) del Reglamento], infringe los requisitos establecidos al efecto. Pero también el Reglamento de Ordenación establece, por otro lado, en su artº 5.1 que “*las modificaciones de la documentación aportada [entre la que constan los estatutos sociales] que haya servido de base para el otorgamiento de la autorización administrativa de acceso a la actividad aseguradora se notificarán a la Dirección General de Seguros, remitiendo, en su caso, certificación íntegra de los acuerdos de los órganos sociales competentes dentro de los diez días siguientes a la aprobación del acta correspondiente*”. La escritura pública deberá remitirse en el plazo de un mes desde su otorgamiento con constancia de su presentación en el Registro Mercantil, justificándose dicha inscripción en el plazo de un mes a partir de la misma. Para el resto de los temas que puede plantear la modificación de estatutos por cambio de denominación social nos remitimos a lo más adelante expuesto al tratar lo relativo a la modificación de la documentación inicialmente aportada cuando abordemos el estudio de la autorización administrativa.

4.2. Domicilio social.

El establecimiento de normas claras para la fijación y cambio del domicilio social es esencial para la protección de los derechos de tomadores, asegurados, y otros terceros

³⁵² LINDE PANIAGUA E. “Condiciones de acceso...”, en “Comentarios a la Ley...”. Op. cit. p 215.

, así como para la correcta ejecución de las competencias de ordenación y supervisión que la Ley otorga al Órgano de Control y las relaciones de la entidad con las demás Administraciones Públicas.

La regulación del domicilio social se contiene prácticamente en el Reglamento de Ordenación ya que la ley se refiere al mismo de manera incidental y, principalmente en su artº 24.6 al disponer que “*las entidades aseguradoras conservarán la documentación a que se refiere este precepto [estatutos, pólizas, bases técnicas, tarifas y ficheros de datos personales] en el domicilio social*”, habiéndose eliminado la referencia que hacía la Ley de 1984 a la notificación mediante aviso en el B.O.E: en el caso de que hubiesen cambiado el domicilio sin comunicarlo o no se hicieran cargo de la correspondencia en el comunicado al Órgano de Control, previsión esta que había sido calificada de confusa e innecesaria por la doctrina³⁵³.

El Reglamento, en su artº 10 establece las tres reglas que deberán regir en este aspecto:

1ª. La primera regla consiste en que “*el domicilio social de las entidades aseguradoras deberá situarse dentro del territorio español en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación*”, términos que reproducen los utilizados por el artº 6 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Señala, pues, la norma el ámbito territorial en el que debe radicar el domicilio social y, además, da pautas para designar el lugar en el que debe situarse el mismo, exigiendo que este debe ser aquel en que se halle *el centro de su efectiva administración y dirección*, o aquel *en que radique su principal establecimiento o explotación*.

Ha cambiado la redacción del precepto respecto a la contenida en el Reglamento de 1984 que hacía referencia a “*el lugar donde ejerza actividades propias de su objeto social o se halle establecida su representación legal*”, fórmula que en su día fue considerada imprecisa³⁵⁴.

2ª. La segunda regla establece que las entidades aseguradoras “*conservarán su documentación en el domicilio social que hayan comunicado al Ministerio de Economía y Hacienda, y éste enviará sus escritos a dicho domicilio*”.

Las entidades tienen la obligación de comunicar a la Autoridad de Control su domicilio social, ya que este debe constar en los estatutos sociales [artº 75.a. del Reglamento], los cuales deben ser presentados al solicitar la autorización previa a cuando se produzca alguna modificación en los mismos (arts.: 7.5, segundo párrafo, de la Ley y 5.1 del Reglamento).

La redacción del precepto reglamentario se refiere a que las entidades deberán conservar en el domicilio “*su documentación*”, sin más, mientras que el artº 24.6 de la

³⁵³ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “Comentarios a la Ley...”. Op. cit. pp.215 y 216.

³⁵⁴ LINDE PANIAGUA, E. “condiciones de acceso...”. Op. cit. p.216.

Ley dispone que conservarán “*la documentación a que se refiere este precepto*”[estatutos, pólizas, bases técnicas, tarifas y ficheros de datos personales].

Evidentemente el texto reglamentario permite ampliar los documentos a que se refiere la Ley, lo cual no cabe interpretar como una extralimitación del Reglamento, sino como un legítimo uso de la potestad reglamentaria, ya que el texto de la Ley deja fuera de su ámbito documentos de tanta importancia para el correcto uso de las facultades administrativas de supervisión como los estados contables y demás registros y documentación necesarios para llevar una correcta contabilidad, los informes de auditoría, los expedientes de siniestros, los libros de actas de los órganos de gobierno, etc.

3ª. La tercera de las reglas antes indicadas, que realmente son dos, que reproduce la que constaba en el Reglamento de 1984, consiste en la obligación de que en el inmueble donde radique el domicilio social “*se hará figurar de manera destacada la denominación social de la entidad*” y, en caso de traslado del domicilio social, “*continuará el rótulo con indicación del nuevo domicilio durante un plazo no inferior a tres meses*”.

La importancia de que la certeza en el domicilio social de las entidades aseguradoras no se vea limitada en ningún momento es la razón de esta norma, no obstante descender a un detalle quizás excesivo y plantear la dificultad de cumplimiento que puede darse en el caso de traslado de domicilio³⁵⁵ ya que si el inmueble que se abandona no es propiedad de la entidad supone imponer una carga a un tercero, probablemente ajeno a la actividad aseguradora.

4.3. Objeto social.

4.3.1. Regla general

La Ley se refiere al objeto social de las entidades aseguradoras en su artº 11, en cuyo apartado 1 establece la regla general aplicable cuando dispone que “*el objeto social de las entidades aseguradoras será exclusivamente la práctica de las operaciones de seguro y demás definidas en el artículo 3, así como las permitidas por el artículo 5 en los términos expresados en el mismo*”.

El precepto legal remite al artº nº 3, ya tratado anteriormente, que regula el ámbito objetivo de la Ley. Se incluyen, pues, en el objeto social las operaciones de seguro, incluida la capitalización, y reaseguro; las operaciones preparatorias y complementarias y las actividades de prevención de daños a que hace referencia dicho artº 3.

También se incluyen en el objeto social la operaciones permitidas por el artº 5. La remisión a este precepto resulta un tanto imprecisa³⁵⁶ toda vez que el mismo no regula “operaciones permitidas” sino, por el contrario, las “operaciones prohibidas” y la sanción de nulidad aplicable a las efectuadas careciendo de la autorización preceptiva.

³⁵⁵ DEL CAÑO ESCUDERO, F. y DEL CAÑO PALOP, J. R. “*Comentarios al Reglamento...*”. Op. cit. p.79.

³⁵⁶ Vid. LINDE PANIAGUA, E. “*Condiciones de acceso...*”, en “*Estudios y comentarios sobre la Ley...*”. Op. cit. p.69.

Lo que se incluye en el objeto social son las operaciones que, por excepción, no están prohibidas a las entidades de acuerdo con lo prevenido en el artº 5.1.b), segundo párrafo, cuando establece que no se entenderá incluida en la prohibición genérica de realizar actividades distintas al seguro “*la colaboración con entidades no aseguradoras para la distribución de los servicios producidos por estas*”.

También debemos señalar que las operaciones de gestión de fondos de pensiones están excluidas del objeto de las entidades de seguros, en virtud de lo establecido por la Ley en su Disposición Adicional Primera.2.A.c), segundo párrafo, *in fine*, que quedan reservadas a las entidades gestoras de fondos de pensiones.

4.3.2. Especialización en el ramo de vida o en ramos no vida

La Ley impone la especialización de las entidades siguiendo el modelo de la Ley anterior, producto de la incorporación de la normativa comunitaria.

A. Ramo de vida

El artº 11.2 de la Ley dispone al efecto que el objeto social de las entidades aseguradoras que pretendan operar en cualquier modalidad del ramo de vida será únicamente la realización de operaciones de dicho ramo y la cobertura de riesgos complementarios del ramo de vida.

No obstante, previa obtención de la pertinente autorización administrativa, podrán realizar operaciones en los ramos de accidentes y enfermedad, sin someterse, en este caso, a las limitaciones y requisitos exigibles a la cobertura de riesgos complementarios.

B. Ramos no vida

Por otra parte la Ley en el artº 11.3 establece que el objeto social de las entidades aseguradoras que pretendan operar en cualquiera de los ramos del seguro directo distinto del de vida no podrá comprender la realización de operaciones del ramo de vida.

No obstante, si sólo están autorizadas para los riesgos comprendidos en los ramos de accidentes y enfermedad, podrán operar en el ramo de vida, si obtienen la pertinente autorización administrativa.

4.3.3. Los ramos del seguro

A. Razones de su existencia

Aún siendo conscientes de ser reiterativos consideramos oportuno reproducir los argumentos expuestos al hablar del objeto de la Ley.

La práctica del seguro tiene requerimientos propios y específicos y por ello, para conseguir su correcto funcionamiento, la técnica aseguradora divide el tratamiento y análisis de los riesgos en grupos homogéneos denominados “ramos” (o “ramas” en otros

países) con los que se pretende conseguir lo que técnicamente se denomina “homogeneidad cualitativa” de los riesgos.

El fin primordial de tal proceder es el de agrupar los riesgos en conjuntos de caracteres cualitativos similares, que hagan posible la observación estadística de eventos homogéneos y la obtención de conclusiones fiables que permitan extrapolar y proyectar al futuro el comportamiento de tales riesgos, principalmente en lo referente al cálculo de la frecuencia e intensidad de su ocurrencia la cual, cuando acontece, transforma el riesgo en siniestro y hace nacer la obligación de indemnizar por parte del asegurador.

Dicho cálculo proporcionará el valor de la siniestralidad futura esperada y nos indicará el volumen de “primas puras o de riesgo” que todos los asegurados deben aportar para poder hacer frente a las indemnizaciones que deberán satisfacerse a aquellos cuyas pólizas generan el coste de dicha siniestralidad en el periodo y colectivo de riesgos observados.

Por todo ello la Ley, en su Disposición Adicional Primera, establece la clasificación normativa de los ramos de seguro distinguiendo entre el ramo del seguro directo sobre la vida y los ramos del seguro directo distinto del de vida, que divide en 19 ramos, incluyendo en la mayoría de ellos un breve resumen de su contenido y ámbito de cobertura fundamental, a los que nos referiremos más adelante.

Dicha clasificación debe de ser tenida en cuenta a efectos de la autorización administrativa para operar, que debe ser concedida por ramos en virtud de lo dispuesto en el artº6, nº 4 de la Ley.

También se establecen, en la indicada Disposición Adicional, tanto las denominaciones que a efectos de la preceptiva autorización deben utilizarse en los supuestos en que se conceda la autorización simultánea para varios ramos, como las condiciones que deben reunir los “riesgos accesorios” de otro principal, en los ramos no vida, y los “riesgos complementarios” en el ramo de vida.

No obstante conviene indicar que la referida clasificación de ramos no es, en su conjunto, una novedad de la Ley vigente aunque lo que sí constituye la mayor novedad es la elevación del rango normativo de la misma, pues la clasificación de ramos, procedente de las adoptadas por la Comunidad Económica Europea y por la Organización para la Cooperación para la cooperación y el Desarrollo Económico, que contenían pequeñas diferencias entre sí, fue establecida por primera vez mediante Orden Ministerial de 29 de julio de 1982 la cual fue, a su vez, derogada por la Orden ministerial de 7 de septiembre de 1987 que desarrolló, entre otros, el artº 16.2 del Reglamento de Ordenación de 1985

B. Clasificación legal de ramos

a. En el seguro directo distinto del seguro de vida

La clasificación de los riesgos por ramos, así como la denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos y, finalmente, la conceptualización de riesgos accesorios se ajustará a lo siguiente:

a'. Clasificación de los riesgos por ramos y ámbito de cobertura.

Nº 1. *Accidentes.*

Las prestaciones en este ramo pueden ser: a tanto alzado, de indemnización, mixta de ambos, y de cobertura de ocupantes de vehículos.

Nº 2. *Enfermedad* (comprendida la asistencia sanitaria).

Las prestaciones en este ramo pueden ser: a tanto alzado, de reparación, y mixta de ambos.

Una novedad en la clasificación ha sido incluir el ramo de asistencia sanitaria, que antes tenía autonomía propia, en el de enfermedad.

Nº 3. *Vehículos terrestres* (no ferroviarios).

Incluye todo daño sufrido por vehículos terrestres, sean o no automóviles, salvo los ferroviarios.

Nº 4. *Vehículos ferroviarios.*

Nº 5. *Vehículos aéreos.*

Nº 6. *Vehículos marítimos, lacustres y fluviales.*

Nº 7. *Mercancías transportadas* (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados).

Nº 8. *Incendio y elementos naturales.*

Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por incendio, explosión, tormenta, elementos naturales distintos de la tempestad, energía nuclear y hundimiento de terreno.

Nº 9. *Otros daños a los bienes.*

Incluye todo daño sufrido por los bienes (distinto de los comprendidos en los ramos 3, 4, 5, 6 y 7) causado por el granizo o la helada, así como por robo u otros sucesos distintos de los incluidos en el número 8.

Nº 10. *Responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles* (comprendida la responsabilidad del transportista).

Nº 11. *Responsabilidad civil en vehículos aéreos* (comprendida la responsabilidad del transportista).

Nº 12. *Responsabilidad civil en vehículos marítimos, lacustres y fluviales* (comprendida la responsabilidad civil del transportista).

Nº 13. *Responsabilidad civil en general.*

Comprende toda responsabilidad distinta de las mencionadas en los números 10, 11 y 12.

Nº 14. *Crédito.*

Comprende insolvencia general, venta a plazos, crédito a la exportación, crédito hipotecario y crédito agrícola.

Nº 15. *Caución* (directa e indirecta).

Nº 16. *Pérdidas pecuniarias diversas.*

Incluye riesgos del empleo, insuficiencia de ingresos (en general), mal tiempo, pérdida de beneficios, subsidio por privación temporal del permiso de conducir, persistencia de gastos generales, gastos comerciales imprevistos, pérdida del valor venal, pérdidas de alquileres o rentas, pérdidas comerciales indirectas distintas de las anteriormente mencionadas, pérdidas pecuniarias no comerciales y otras pérdidas pecuniarias.

Nº 17. *Defensa jurídica.*

Nº 18. *Asistencia.*

Asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente. Comprenderá también la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, determinadas reglamentariamente, siempre que no sean objeto de cobertura en otros ramos de seguro.

Nº 19. *Decesos.*

Incluye operaciones de seguro que garanticen únicamente prestaciones en caso de muerte, cuando estas prestaciones se satisfagan en especie o cuando el importe de las mismas no exceda del valor medio de los gastos funerarios por un fallecimiento.

Los riesgos comprendidos en un ramo no podrán ser clasificados en otro ramo, sin perjuicio de lo dispuesto más adelante respecto de los riesgos accesorios.

b'. Denominación de la autorización concedida simultáneamente para varios ramos.

Cuando la autorización se refiera simultáneamente:

- A los ramos 1 y 2 se dará con la denominación «*Accidentes y enfermedad*»;
- A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 3, 7 y 10 se dará con la denominación «*Seguro de automóvil*»;
- A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 4, 6, 7 y 12 se dará con la denominación «*Seguro marítimo y de transporte*»;
- A la cobertura de ocupantes de vehículos del ramo 1 y a los ramos 5, 7 y 11 se dará con la denominación «*Seguro de aviación*»;
- A los ramos 8 y 9 se dará con la denominación «*Incendio y otros daños a los bienes*»;
- A los ramos 10, 11, 12 y 13 se dará con la denominación «*Responsabilidad civil*»;
- A los ramos 14 y 15 se dará con la denominación «*Crédito y caución*»;
- A todos los ramos, se dará con la denominación «*Seguros generales*».

Es esta una previsión razonable de la Ley, ya que en muchas ocasiones la práctica del seguro se desenvuelve mediante la comercialización de productos combinados que incluyen riesgos de varios ramos. Con ello se facilita la concesión de las autorizaciones, ya que las citadas denominaciones constarán en la Órdenes Ministeriales de autorización evitando posibles errores y adaptando las mismas a la práctica del mercado y a los intereses de las entidades.

c'. Riesgos accesorios.

La entidad aseguradora que obtenga una autorización para un riesgo principal perteneciente a un ramo o a un grupo de ramos podrá asimismo cubrir los riesgos comprendidos en otro ramo sin necesidad de obtener autorización de los mismos, cuando éstos estén vinculados al riesgo principal, se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal y estén cubiertos por el contrato que cubre el riesgo principal, siempre que para la autorización en el ramo al que pertenezca el riesgo accesorio no se requieran mayores garantías financieras previas que para el principal, salvo, en cuanto a este último requisito, que el riesgo accesorio sea el de responsabilidad civil cuya cobertura no supere los límites que reglamentariamente se determinen.

No obstante, los riesgos comprendidos en los ramos 14, 15 y 17 no podrán ser considerados accesorios de otros ramos, salvo el ramo 17 (defensa jurídica) que, cuando se cumplan las condiciones exigidas en el párrafo anterior, podrá ser considerado como riesgo accesorio del ramo 18 si el riesgo principal sólo se refiere a la asistencia facilitada a las personas en dificultades con motivo de desplazamientos o de ausencias del domicilio o del lugar de residencia permanente, y como riesgo accesorio del ramo 6 cuando se refiera a litigios o riesgos que resulten de la utilización de embarcaciones marítimas o que estén relacionados con dicha utilización.

b. El seguro directo sobre la vida

Constituye un solo ramo, el ramo de vida, con el ámbito de todos los ramos del seguro directo sobre la vida enumerados en las Directivas comunitarias reguladoras de la actividad del seguro directo sobre la vida.

El ramo de vida comprenderá:

a'. Seguro sobre la vida, tanto para caso de muerte como para caso de supervivencia, o ambos conjuntamente, incluido en el de supervivencia el seguro de renta; el seguro sobre la vida con contraseguro; el seguro de «nupcialidad»; y el seguro de «natalidad». Asimismo comprende cualquiera de estos seguros cuando estén vinculados con fondos de inversión.

b'. Operaciones de capitalización del artículo 3.2 de la Ley.

c'. Operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación y de gestión de operaciones tontinas.

Se entenderá por:

– Operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación aquellas que supongan para la entidad aseguradora administrar las inversiones y, particularmente, los activos representativos de las reservas de las entidades que otorgan prestaciones en caso de muerte, en caso de vida o en caso de cese o reducción de actividades. También estarán comprendidas tales operaciones cuando lleven una garantía de seguro, sea sobre la conservación del capital, sea sobre la percepción de un interés mínimo.

– Operaciones tontinas aquellas que lleven consigo la constitución de asociaciones que reúnan partícipes para capitalizar en común sus aportaciones y para repartir el activo así constituido entre los supervivientes o entre sus herederos.

d'. *Riesgos complementarios* del ramo de vida.

Las entidades autorizadas para operar en el ramo de vida podrán cubrir como riesgos complementarios los comprendidos en el ramo de accidentes y en el ramo de enfermedad, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Estén vinculados con el riesgo principal y sean complementarios del mismo.
 - Se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal.
 - Estén garantizados en un mismo contrato con éste.
- Cuando el ramo complementario sea el de enfermedad, y éste no comprenda prestaciones de asistencia sanitaria.

4.3.4. Conciertos con la Seguridad Social

La Disposición Adicional Duodécima de la Ley, nº. 2, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 77 y 199 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el artículo 1.2 de la propia Ley de Ordenación, reconoce la posibilidad de que las entidades aseguradoras establezcan conciertos “*con organismos de la Administración de la Seguridad Social, o con Entidades de Derecho Público que tengan encomendada, de conformidad con su legislación específica, la gestión de algunos de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social*”.

En tal caso la citada disposición establece que “*las normas de ordenación y supervisión de los seguros privados serán aplicables a las garantías financieras, bases técnicas y tarifas de primas que correspondan a las obligaciones que asuman las entidades aseguradoras en virtud de los referidos conciertos*”.

4.4. Programa de actividades.

4.4.1. Justificación y contenido general

A. Justificación

La exigencia del programa de actividades parte de la necesidad de que las entidades aseguradoras al tratar de iniciar su actividad hayan realizado un esfuerzo de previsión de la marcha futura del negocio en el que se pongan de manifiesto los parámetros principales de su actividad, las previsiones de recursos tanto financieros como personales y materiales puestos a disposición de su fin social, las previsiones de ingresos y gastos, la política comercial y técnica³⁵⁷ y demás factores que configuran lo

³⁵⁷FERDINANDA MARINIELLO, Lina. “*La solvibilità nelle imprese di assicurazione*” . p. 46. CEDAM. Padova 1993.

que puede calificarse de plan estratégico inicial. También ha sido calificado como “proyecto de vida” de la Entidad aseguradora³⁵⁸.

La garantía debida a los tomadores y asegurados, principalmente, obliga a que no se inicie el negocio con exceso de voluntarismo y con tal falta de análisis prospectivo que impidan tomar conciencia empresarial de los retos y obligaciones a que se verá sometida la entidad durante su funcionamiento, sino que la actividad debe iniciarse, por el contrario, con un estudio serio y válido que, aún sometido a la mutabilidad de cualquier previsión en el tiempo, pueda ser base suficiente para despejar aquellos aspectos de la gestión y la evolución del negocio que pueden ayudar a tener una visión lo más cercana posible a la realidad.

El programa de actividades exigido por la Ley de 1995 tiene su precedente en el *plan de actuación* exigido a todas las entidades por la Ley de 1984 (artº 6.4), el *programa de actividades* requerido a las mutuas y cooperativas a prima variable (artº 14.2.a, Ley de 1984 y artº 38.1.b, del Reglamento de 1985) y el plan financiero que debían presentar las sociedades anónimas y las mutuas a prima fija (artº 8.3 del Reglamento de 1985).

B. Contenido general mínimo

A tales efectos la Ley en su artº 12.1 establece que el programa de actividades “deberá contener” indicaciones o justificaciones relativas, “al menos”, a:

- a) La naturaleza de los *riesgos* o compromisos que la entidad aseguradora se propone cubrir;
- b) Los *principios rectores* y *ámbito geográfico* de su actuación;
- c) La estructura de la *organización*, incluyendo los sistemas de comercialización;
- d) Los *medios* destinados a cubrir las exigencias patrimoniales, financieras y de solvencia y a prestar la asistencia a que, en su caso, se comprometa.
- e) La *justificación* de las previsiones que contemple y de la adecuación a las mismas de los medios y recursos disponibles.

El contenido general del programa de actividades es de mínimos, como la propia Ley reconoce, y nada impide que las entidades puedan añadir al mismo aquellos otros aspectos que consideren necesarios y relevantes para conseguir la finalidad del mismo.

La redacción del citado artº 12.1, (así como del 6.5, segundo párrafo, cuarto apartado, que en su momento examinaremos), ha sido calificada por un sector de la doctrina como creadora de “un margen de apreciación discrecional excesivo en la Administración³⁵⁹”, crítica que puesta en conexión con las genéricas efectuadas sobre la Ley al considerarla crecientemente intervencionista y dotada de una creciente discrecionalidad, no es del todo compartida por un sector de la doctrina. Bien porque se estima que los fines de la Ley de “tutelar los derechos de los asegurados, facilitar la transparencia y el desarrollo del mercado de seguros y fomentar la actividad aseguradora” o las necesidades de armonización con la normativa comunitaria, suponen

³⁵⁸ NUÑEZ LOZANO, M^a. C. “Ordenación y supervisión...”. Op. cit. p119.

³⁵⁹ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “Estudios y comentarios sobre la Ley...”. Op. cit. p-72

un paliativo a dichas críticas, aunque, aconseja, que en el desarrollo reglamentario tal discrecionalidad quede acotada en su ejercicio para evitar caer en lo que sería pura arbitrariedad³⁶⁰, o bien porque, “al menos desde una perspectiva formal no parece que la Ley otorgue a la Administración esa excesiva discrecionalidad que se denuncia, antes bien la mayoría de las potestades con que la habilita son regladas; ello no obstante, sí es cierto en cambio que la Ley emplea con cierta reiteración conceptos jurídicos indeterminados cuyo margen de apreciación es tan sumamente amplio que *de facto* pueden equipararse a la atribución de potestades discrecionales”³⁶¹.

Por su parte el Reglamento de Ordenación en su artº 24.1 exige que el programa de actividades haga referencia a los siguientes extremos:

- a. Los *ramos* en los que se pretende operar, así como las condiciones y las características de los productos.
- b. Los principios rectores en materia de *reaseguro*.
- c. Las razones, causas y objetivos del *proyecto* que se presenta.
- d. La *publicidad* y los sistemas de distribución y venta.
- e. El *organigrama* funcional y operativo de la empresa.
- f. Las previsiones relativas a los *gastos* de instalación de los servicios administrativos y de la red de producción, en su caso.
- g. Los *medios financieros* destinados a hacer frente a los gastos en que se incurra como consecuencia del número precedente.
- h. *Los elementos constitutivos del fondo de garantía mínimo*.

4.4.2. Plan trienal. Normas especiales para los seguros de vida y de no vida.

Según el artº 12.1, párrafo segundo, de la Ley el programa de actividades “*deberá contener*”, en todo caso, “*para los tres primeros ejercicios sociales*”, que hay que entender como ejercicios completos, con independencia de aquel en que se solicita la autorización, las siguientes previsiones:

- Las previsiones relativas a los *medios financieros* destinados a la cobertura de los compromisos y del margen de solvencia.
- Y la situación probable de *tesorería*.

Además, especialmente, deberá contener:

a. Cuando se trate de *seguros de vida*: un plan en el que se indiquen de forma detallada las previsiones de *ingresos* y *gastos*, tanto por las operaciones directas y las aceptaciones de reaseguro como por las cesiones de este último.

b. Cuando se trate de *seguros distintos al de vida*:

- Las previsiones relativas a los *gastos de gestión* distintos de los gastos de instalación, en particular los gastos generales corrientes y las comisiones.

³⁶⁰ ANGULO RODRIGUEZ, Luis. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”. Revista Española de Seguros. Nº 86. Abril/Junio 1996, p.12.

³⁶¹ NUÑEZ LOZANO, Mª. C. *Ordenación y supervisión...*”. Op. cit. p 66.

- Y las previsiones relativas a las *primas* o cuotas y a los *siniestros*.

El Reglamento, en el artº 24.2, dispone que el programa de actividades deberá contener mención además, para los *tres* primeros ejercicios sociales, a los siguiente:

- a. Las previsiones relativas a los *gastos* de administración y de adquisición, incluidos entre estos últimos los de mantenimiento del negocio.
- b. Las previsiones relativas a las *primas* o cuotas y a los *siniestros*.
- c. La situación probable de *tesorería*.
- d. Las previsiones relativas a los *medios financieros* destinados a la cobertura de los compromisos y del margen de solvencia.

4.4.3. Peculiaridades del programa de actividades en los ramos de enfermedad, defensa jurídica, asistencia y decesos

A. El artº 25.1 del Reglamento dispone que en los ramos de enfermedad, de defensa jurídica, de asistencia y de decesos, en los que la entidad aseguradora se propone garantizar la prestación de una asistencia, el programa de actividades deberá contener, además de lo previsto en el artículo 12 de la Ley y en el artículo 24 del Reglamento, “*indicaciones y justificaciones relativas a la capacidad para prestar los servicios a los que se comprometa en los contratos*”.

La norma pretende que cuando las entidades garanticen la prestación de un servicio de asistencia, en el que la prestación al asegurado se materializa mediante la prestación de un servicio, por parte de profesionales generalmente externos a la entidad (médicos, abogados, empresas funerarias, grúas, mecánicos, fontaneros, electricistas, etc.), esta disponga de la red suficiente de dichos profesionales para poder garantizar el servicio que promete.

A tales efectos debe presentarse, en su caso, la siguiente documentación:

a. *Memoria explicativa de la infraestructura de la entidad*, en la que se detallen los medios materiales y organizativos con que cuenta para la prestación a realizar.

Deberá detallarse, igualmente, si los medios a emplear son propiedad de la entidad o de un tercero que no tenga la consideración de asegurador, acompañando copia del acuerdo en virtud del cual actúe.

b. *Contrato de reaseguro de prestación de servicios* con una entidad aseguradora debidamente autorizada para operar en el Espacio Económico Europeo y que haya justificado ante la Dirección General de Seguros o ante la autoridad de control de su domicilio social si éste radica en el Espacio Económico Europeo, la capacidad para prestar los servicios.

B. En cuanto al ramo de enfermedad, cuando se otorguen prestaciones de asistencia sanitaria, el artº 12.2 de la Ley establece que la Dirección General de Seguros comprobará los medios técnicos de que dispongan las entidades aseguradoras que pretendan operar dicho ramo y “*solicitará de las autoridades sanitarias un informe*

sobre la adecuación de los medios y del funcionamiento previsto de los mismos a las prestaciones que pretenda otorgar y a la legislación sanitaria correspondiente.

También dispone la Ley que a dichos efectos el Ministerio de Economía y Hacienda [hoy Ministerio de Economía] y las autoridades sanitarias establecerán la necesaria coordinación para dar cumplimiento a lo antes referido. En desarrollo de tal previsión el Reglamento en su artº 25.2 aclara que “*será preceptivo el informe favorable de las autoridades sanitarias, el cual se emitirá por el Ministerio de Sanidad y Consumo o autoridad autonómica competente*”. En todo caso, la solicitud será cursada por la Dirección General de Seguros al Ministerio citado, a fin de asegurar la necesaria coordinación con la autoridad sanitaria informante.

C. En el ramo de defensa jurídica, el artº 25.3 del Reglamento exige que las entidades que operen en varios ramos deberán optar por una de las modalidades de gestión previstas en la disposición adicional tercera de la Ley, especificando en el programa de actividades la modalidad elegida³⁶².

Dicha Disposición Adicional supone la aplicación de la Directiva 87/344/CEE, de 22 de junio, cuya incorporación al Ordenamiento español, junto con otras Directivas, se produjo en virtud de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, que introdujo en la Ley de Ordenación de 1984 su Disposición Adicional Séptima, régimen que ha pasado a la Ley de 1995 con algunas matizaciones y puntualizaciones. Es de señalar que el requerimiento para el desarrollo reglamentario que preveía la citada Ley de 1990 no llegó a cumplirse y que el Reglamento de 1998 no ha previsto nada al respecto.

Dichas modalidades son, en síntesis:

a. La cesión de la gestión de los siniestros del ramo a una entidad jurídicamente distinta.

b. La separación del personal afecto a la gestión de los siniestros o el asesoramiento jurídico relativo a dicha gestión.

c. La libre elección de abogado desde el momento del siniestro.

4.4.4. Ejecución del programa de actividades

El artº 26 del Reglamento establece un sistema específico de control para la comprobación del cumplimiento del programa de actividades. La razones expuestas con anterioridad para justificar la razón de su existencia obligan, por lógica, a verificar periódicamente si el mismo se cumple o no conforme a lo previsto. A tales efectos el indicado precepto dispone que “*durante los tres primeros ejercicios, la entidad deberá presentar anualmente, en la Dirección General de Seguros, información detallada acerca de la ejecución de su programa de actividades.*”

³⁶² Vid. al respecto el documentado trabajo de OLMOS PILDAÍN, Asunción.: “La disposición adicional tercera de la LOSSP: modalidades de gestión de siniestros entre las que deben optar las entidades aseguradoras que operen en el ramo de defensa jurídica”, en “*Estudios y comentarios sobre la Ley...*”. Op. cit. pp 361 a 380.

Como consecuencia de tal deber de información, la Administración se encuentra facultada por el indicado precepto para actuar en consecuencia si el programa de actividades no se cumple con arreglo a las previsiones establecidas en el mismo, en orden a lo cual dispone que en tal caso *“la Dirección General de Seguros podrá adoptar las medidas oportunas para proteger los intereses de los tomadores, asegurados y beneficiarios de contratos de seguros”*.

Creemos que, en principio, tales medidas deben ser adoptadas, en primer lugar, para proteger los intereses de los afectados directos por los contratos de seguros y no de otros posibles terceros interesados y, en segundo lugar, con la adecuada ponderación que cada caso requiera, ya que un programa de actividades supone un ejercicio de previsión de futuro que, por su propia índole, puede verse alterado en sus planteamientos iniciales si cambian las circunstancias del entorno económico, social y financiero bajo las cuales fue realizado el mismo.

Pero no debe olvidarse que el citado programa de actividades es uno de los requisitos exigidos por el artº 6 de la Ley para obtener y conservar la autorización administrativa y que el artº 25.1.c) de la misma dispone que *“se revocará la autorización”* cuando la entidad *“deje de cumplir alguno de los requisitos establecidos (...) para el otorgamiento de la autorización”*, situación que, a su vez, es causa de disolución en virtud de lo establecido por el artº 26.1.1º de la Ley.

No obstante no podemos dejar de indicar que el artº 25.3 de dicha Ley atempera el rigor de la revocación al prever que el Ministerio de Economía en este supuesto, al igual que en otros que comentaremos en su momento, y antes de acordar la revocación, *“estará facultado para conceder un plazo, que no excederá de seis meses, para que la entidad aseguradora que lo haya solicitado”* proceda a subsanar la causa que generó la situación. Tampoco puede obviarse que tal facultad es discrecional y que, en su caso, el plazo de seis meses es máximo.

4.5. Vínculos estrechos y requisitos personales de socios y directivos.

4.5.1 Existencia de vínculos estrechos

A. Concepto de vínculo estrecho

Señala la Ley tres supuestos bajo los cuales se considera que existe un vínculo estrecho, aunque el tercero de ellos, de hecho está en elación con el segundo.

a. Primer y segundos supuestos: concepto general

Según el artº 8.1 de la Ley se entiende por vínculo estrecho *“toda relación entre dos o más personas físicas o jurídicas si están unidas a través de una participación o mediante un vínculo de control”*.

Depende, por consiguiente, la existencia del vínculo estrecho de la existencia, indistinta y no acumulativa, de un determinado nivel de “participación” a de un “vínculo de control”

La propia Ley establece que se entenderá que existe “*participación*” a efectos de lo previsto por la misma, “*el hecho de poseer, de manera directa o indirecta, el 20 por ciento o más de los derechos de voto o del capital de una entidad aseguradora*”.

También califica como “*vínculo de control*” al existente entre una sociedad dominante y una dominada en todos los casos contemplados en el artículo 42.1 y 2³⁶³ del Código de Comercio., que sirven para determinar la obligación de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión, y que son los siguientes:

- *Poseer la mayoría de los derechos de voto,*
- *Tener la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración,*
- *Poder disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios de la mayoría de los derechos de voto, y*
- *Haber nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.*

A efectos de los anterior, según el Código de Comercio, se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de alguna de aquellas.

b. Tercer supuesto

También dispone el indicado precepto legal que, se entenderá constitutiva de vínculo estrecho entre dos o varias personas físicas o jurídicas entre las que se encuentre una entidad aseguradora, “*la situación en la que tales personas estén vinculadas, de forma duradera, a una misma persona física o jurídica por un vínculo de control*”.

B. Imposibilidad de que se pueda obstaculizar el buen ejercicio de la ordenación y supervisión

El artº 8.2. de la Ley previene que los vínculos estrechos que puedan existir entre la entidad aseguradora y otras personas físicas o jurídicas, “*no podrán obstaculizar el buen ejercicio de la ordenación y supervisión de la entidad aseguradora*”.

Tampoco podrán obstaculizar dicho buen ejercicio ni “*las disposiciones de un tercer país ajeno al Espacio Económico Europeo que regulen a una o varias de las personas con las que la entidad aseguradora mantenga vínculos estrechos, ni “la aplicación de dichas disposiciones”*”.

³⁶³ Según redacción dada por la Ley 18/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en Materia de Sociedades (BOE de 27 de julio).

C. Cumplimiento permanente de las condiciones legales y deber de información

La Ley, en su artº 8.3, aclara que las condiciones reseñadas en el anterior apartado B). “*son de cumplimiento permanente durante el ejercicio de la actividad aseguradora*” para garantizar lo cual, “*las entidades aseguradoras suministrarán a la Dirección General de Seguros la información precisa para garantizar dicho cumplimiento*”.

4.5.2. Requisitos de los socios con participación significativa

A. Concepto de participación significativa

Con carácter previo, aunque trataremos el tema con mayor amplitud más adelante, conviene precisar ahora el concepto de participación significativa ya que esta es la premisa necesaria para exigir, a los socios que la ostenten en la constitución de la entidad, los requisitos que más adelante analizaremos.

La Ley parte en este aspecto del concepto de “*influencia notable*”, ya sea por ostentar un determinado porcentaje de capital o de votos, o por otras posibilidades, que han sido desarrolladas por el Reglamento siguiendo el mandato de la Ley.

a. Exigencias de la Ley

El artº 21.1 de la Ley dispone que a los efectos de la misma se entiende que existe participación significativa cuando se sea “*titular en una entidad aseguradora, directa o indirectamente, de un porcentaje igual o superior al diez por ciento del capital social, fondo mutual, o de los derechos de voto*”.

También tiene la consideración de participación significativa, en los términos que se determinen reglamentariamente, “*cualquier otra posibilidad de ejercer una influencia notable en la gestión de la entidad aseguradora en la que se posea una participación*”.

La influencia notable podríamos definirla como la posibilidad de poder participar de manera decisiva y eficaz en la toma de decisiones de la entidad de tal manera que se pueda condicionar y orientar la gestión de esta última.

b. Exigencias del Reglamento

El Reglamento, en cumplimiento del mandato expreso legal, dispone además en su artº 69.1 que a efectos de lo establecido por la Ley se entenderá que existe posibilidad de ejercer una influencia notable en la gestión de una entidad aseguradora cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a'. Que una persona física o una o varias sociedades de un mismo grupo sean titulares, directa o indirectamente, de un porcentaje igual o superior al 10 por 100 del capital social, del fondo mutual o de los derechos de voto de la entidad, o al 3 por 100 si ésta cotiza en un mercado regulado.

Aclara el Reglamento que la titularidad de la participación tanto puede ser de persona física como de una o más sociedades pertenecientes a un mismo grupo y, además, reduce el límite del 10% al 3% cuando se trate de sociedades que coticen en un mercado regulado. Previsión esta última lógica ya que en este supuesto el control de las sociedades puede realizarse con una participación menor en el capital social el cual es posible que se encuentre muy repartido entre un gran número de socios que suelen ostentar, proporcionalmente, un grado de participación muy pequeño.

b'. Que tal participación permita estar presente en el órgano de administración de la entidad.

En este caso no se fija ningún tipo de porcentaje de participación. Basta con que el que se ostente sea suficiente para poder estar en el órgano de administración de la entidad.

Conviene indicar que tanto el límite del 3% referido como la posibilidad de estar en el órgano de administración, como supuestos de influencia notable, ya estaban recogidos en la Disposición Transitoria Octava de la Ley con lo cual el Reglamento no ha alterado prácticamente el contenido de dicha Disposición.

c. Supuestos de propiedad no plena de los títulos

El artº 69.2 del Reglamento, y a los únicos efectos de lo establecido por el mismo, dispone al respecto que en el caso de *usufructo o prenda* de acciones, tendrá la consideración de titular de las mismas la persona o entidad a quien corresponda el ejercicio de los derechos de voto y que, en el supuesto de copropiedad de acciones, tendrá la consideración de titular la persona designada para ejercer los derechos de voto si es uno de los copropietarios. En otro caso, se estará a la participación de cada uno de los copropietarios en la comunidad.

B. Idoneidad de los socios

La exigencia de determinados requisitos a los socios que posean una participación significativa en una entidad aseguradora, con el fin de que estos sean los idóneos para una adecuada gestión de la misma, es una novedad de la Ley de Ordenación de 1995.

Supone la recepción en nuestro Ordenamiento de los mandatos correspondientes contenidos en las Terceras Directivas de No Vida de 18 de junio de 1992 (artº 8) y de Vida de 10 de noviembre de 1992 (artº 7), las cuales, por cierto, en su versión española no hablan de “participaciones significativas” sino de “participación cualificada”³⁶⁴.

A los efectos indicados, la Ley en su artº 14 establece que las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en la constitución de la entidad aseguradora, mediante una participación significativa en la misma, “*deberán ser idóneas para que la gestión de ésta sea sana y prudente*”.

³⁶⁴ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, nº I. 228/1, de 11-8-92 (Dir. No Vida) y nº I. 360/1, de 9-12-92 (Dir. Vida).

“Entre otros factores” ,dice la Ley, la idoneidad o inidoneidad se apreciará en función de:

- 1º. La *honorabilidad y cualificación o experiencia profesionales* de los socios.
- 2º. Los *medios patrimoniales* con que cuentan dichos socios para atender los compromisos asumidos.
- 3º. La *falta de transparencia en la estructura del grupo* al que eventualmente pueda pertenecer la entidad, o la existencia de graves *dificultades para obtener la información* necesaria sobre el desarrollo de sus actividades.
- 4º. La posibilidad de que *la entidad quede expuesta de forma inapropiada al riesgo de las actividades* no financieras de sus promotores; o cuando, tratándose de actividades financieras, la estabilidad o el control de la entidad puedan quedar afectadas por el alto riesgo de aquéllas.

A la vista de los criterios legales cabe destacar, en primer lugar, que no se trata de una lista cerrada, sino que la Administración podrá apreciar la existencia o ausencia de idoneidad acudiendo a la valoración de otros factores distintos a los señalados por la Ley y que puedan ser aptos para obtener el fin que esta pretende.

Esta situación unida a los conceptos indeterminados que la Ley utiliza tales como *honorabilidad, cualificación, experiencia, gestión sana y prudente*, etc., permiten unos márgenes de discrecionalidad muy amplios, que ha sido criticados por una parte de la doctrina³⁶⁵, remitiéndonos en este aspecto a lo comentado anteriormente al tratar el programa de actividades, tema éste de especial relevancia si consideramos que el cumplimiento de tales requisitos es necesario para obtener y conservar la autorización administrativa, como veremos más adelante.

También conviene señalar que el artº 14 de la Ley no aclara qué debe entenderse por *honorabilidad, cualificación y experiencia*, a efectos e la regulación contenida en el mismo, solo aplicable a los socios. Dichos conceptos sí se encuentran definidos en el artº 15 de la Ley que regula los requisitos de las personas que lleven la “dirección efectiva” de las entidades. Pero ni en uno ni en otro precepto se encuentra ninguna norma de remisión que hagan aplicables al artº 14 los conceptos del 15. Dicha falta de concordancia en materia tan importante ha sido subsanada por al artº 28 del Reglamento el cual dispone que “*para apreciar la honorabilidad y cualificación o experiencia profesionales de los socios, a que se refiere el artículo 14 de la Ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 15.2 y 3 de la misma*”.

C. Acreditación de los requisitos exigidos por la Ley

Respecto a la forma para acreditar que se cumplen los requisitos exigidos a los socios que ostenten una participación significativa (y a quienes lleven la dirección efectiva de las entidades), la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1998, en su número 1, exige lo siguiente:

- 1º. Que se cumplimenten de manera individual, debidamente firmados, los cuestionarios contenidos en los anexos números 1 y 2 de la propia Orden.

³⁶⁵ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “*Estudios y comentarios...*”. Op. cit. p76.

2º. Cuando coincida en una misma persona la doble circunstancia de ostentar una participación significativa y llevar simultáneamente la dirección efectiva de la entidad, será preciso suscribir independientemente los cuestionarios previstos para cada caso.

3º. Si después de otorgada la autorización administrativa se produce modificación en la documentación aportada para obtener la misma, toda persona física o jurídica que pretenda adquirir una participación significativa en una entidad aseguradora, (o llevar la dirección efectiva de la misma), habrá de cumplimentar y remitir a la Dirección General de Seguros, debidamente firmados, los cuestionarios correspondientes.

4.5.3. Dirección efectiva de las entidades aseguradoras

Ya la Ley de Ordenación de 1984, mediante las modificaciones introducidas por la Ley 21/1990, de 19 de noviembre, reguló los requisitos de los “Administradores y Gerentes” (artº 11)³⁶⁶ aunque no de manera tan amplia como lo hace la Ley de 1995.

A. Requisitos generales

El artº 15.1, primer párrafo, de la Ley dispone que quienes “*bajo cualquier título*”, lleven la “*dirección efectiva*” de la entidad aseguradora serán personas físicas de reconocida “*honorabilidad*” y con las condiciones necesarias de “*cualificación o experiencia*” profesionales y se inscribirán en el *Registro administrativo de altos cargos* de entidades aseguradoras indicado en el artº 74.1 de la misma.

Seguidamente comentamos dichos requisitos:

a. Dirección efectiva

El requisito de dirección efectiva es, quizás, el más novedoso del actual régimen jurídico de la materia ya que centra la atención sobre la actividad de “*dirección*”, dejando en un segundo plano la denominación del cargo que la desempeña. Lo cual viene corroborado por la dicción de la propia Ley cuando se refiere a quienes “*bajo cualquier título*” lleven dicha dirección.

³⁶⁶Artículo once.—Administradores y gerentes.

1. Los Administradores, Delegados, Directores y Gerentes, los apoderados generales o quienes bajo cualquier título lleven la dirección de la Empresa serán personas físicas de reconocida honorabilidad comercial y profesional con conocimiento y experiencia adecuados para ejercer sus funciones y deberán inscribirse en el Registro a que se refiere el artículo 40. (Modificación por artículo primero diez Ley 21/1990, de 19 de noviembre.)

2. No podrán ser administradores, delegados, directores, gerentes, apoderados generales o llevar bajo cualquier otro título la dirección de las empresas:

a) Los incurso en incapacidad, inhabilitación o prohibición conforme a la normativa general vigente.

b) Los que como consecuencia de expediente sancionador hubieren sido suspendidos en el ejercicio del cargo o separados del mismo en los términos del artículo 44.1. (Modificación por artículo primero diez Ley 21/1990, de 19 de diciembre.)

c) Los agentes y corredores de seguros y reaseguros y los socios de las sociedades de agencia o correduría.

d) Los peritos-tasadores de seguros y los comisarios y liquidadores de averías.

Por ello cabe señalar, como ha indicado un sector de la doctrina, que la dirección efectiva de las entidades, la cual en todo caso debe ser llevada a cabo por persona física, “no se puede identificar ni con una sola persona física ni siquiera solo con quienes ostenten cargos correspondientes a la dirección de una entidad. Así, la dirección efectiva es la dirección de hecho de una entidad de seguros”³⁶⁷.

En cuanto a los sujetos que pueden desempeñar la dirección efectiva de las entidades, el artº 15.1, segundo párrafo, de la Ley establece que “*en todo caso, se entenderá*” que llevan la dirección efectiva quienes ostenten *cargos de administración o dirección*, remitiendo al artº 40.1.a) de la misma, para poder aclarar a qué cargos se refiere. También dispone que las personas jurídicas podrán desempeñar tales cargos pero, en tal caso, deberán designar en su representación a una personas física que reúna los requisitos anteriormente citados.

La remisión que el artº 15 de la Ley, regulador de la materia, hace al artº 40 de la misma, dedicado a las infracciones administrativas, ha sido criticada, con razón, por la doctrina³⁶⁸ ya que resulta atípico que la definición de lo que, a efectos de la Ley, se considera cargo de administración o cargo de dirección se lleve a cabo en un precepto de derecho coercitivo y no en el que por la propia naturaleza de su contenido le correspondería.

El indicado artº 40.1.a), al establecer que “*las personas físicas o entidades que (...) desempeñen cargos de administración o dirección*” en las entidades sometidas al régimen de infracciones, “*incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable*”, aclara que se considerarán *cargos de administración* los administradores o miembros de los órganos colegiados de administración, y *cargos de dirección* sus directores generales o asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados del mismo.

Enlaza, pues, el tratamiento que la Ley da al tema con la teoría orgánica del derecho societario al establecer que “*en todo caso, se entenderá*” que llevan la dirección efectiva los componentes de los órganos de administración societaria, colegiados o unipersonales, y los cargos de dirección (directores generales o “asimilados”) que actúan, por apoderamiento, desempeñando funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de un órgano de administración.

b. Concepto de honorabilidad

Posiblemente sea uno de los términos de la Ley de más difícil concreción. Los elementos de su definición han sido calificados por la doctrina de “especialmente vagos y de difícil medición”³⁶⁹. También se ha propuesto su sustitución por otros más acordes

³⁶⁷ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “*Estudios y comentarios de la Ley...*”. Op. cit. p. 76.

³⁶⁸ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “*Estudios y comentarios sobre la Ley...*”. Op. cit. p.76 y 77.

³⁶⁹ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”. Op. cit. p.77.

con el carácter profesional que tiene tales como “buena reputación”, “reputación profesional” o “contrastada reputación”³⁷⁰.

La Ley, en su artº 15.2, primer inciso, establece que “*la honorabilidad debe referirse al ámbito comercial y profesional y concurre en quienes hayan venido observando una trayectoria personal de respeto a las leyes mercantiles y demás que regulan la actividad económica y la vida de los negocios, así como a las buenas prácticas comerciales, financieras y de seguros*”.

Del precepto se deduce, en primer lugar, que el ámbito de aplicación se circunscribe al comercial y profesional, quedando fuera de la norma, por consiguiente, cualquier conducta que pueda implicar falta de honorabilidad pero se refiera a otros ámbitos de la actuación humana.

Una vez fijado el ámbito de aplicación, el contenido que delimita la honorabilidad viene dado por la observancia de una conducta de respeto a las leyes y las buenas prácticas comerciales. Dicha conducta ha de ser continua y permanente en la trayectoria personal del implicado (“*hayan venido observando*” dice la Ley, utilizando una perífrasis indicadora de acción continuada). No valdrá a estos efectos, en consecuencia, contemplar periodos de tiempo aislados.

La referencia a las “*leyes*” (mercantiles, económicas y de los negocios) pensamos que debe entenderse hecha a normas jurídicas que integran el Ordenamiento y no a normas de otro tipo. Si la falta de respeto a las leyes ha quedado declarada mediante sentencia judicial, la seguridad en la aplicación de las previsiones de la Ley será máxima, especialmente si la sentencia es firme. Pero pensamos que la Ley no ha pretendido poner en práctica solo este supuesto pues de ser así lo hubiera dispuesto expresamente, eliminando de paso problemas de interpretación. Aún siendo así, no obstante, existe en este caso un importante substrato normativo, objetivo y material, a partir del cual comprobar la existencia o no de la exigencia legal, y una mayor garantía en el posible control judicial posterior si la resolución administrativa fuera denegatoria. En cambio la referencia a las “*buenas prácticas*” financieras, comerciales y de seguros nos vuelve a situar de nuevo ante un concepto jurídico indeterminado que potencia las capacidades discrecionales de la Administración.

Pero en cualquier caso, como ha reconocido la doctrina, la interpretación del concepto de honorabilidad, *prima facie*, solo puede corresponder a la Administración supervisora³⁷¹, con independencia, evidentemente, del posible control posterior de legalidad de sus resoluciones por parte de las tribunales.

c. Cualificación y experiencia profesionales

Esta exigencia plantea menos problemas de aplicación. En ella la Ley, aunque a través de presunciones y sin prescindir de un cierto grado de discrecionalidad, delimita un contenido objetivo que facilita la labor del intérprete.

³⁷⁰ MARTÍN RETORTILLO Y BAQUER. Lorenzo. “Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades”. *Revista de Administración Pública*, nº 130. 1993. Pp. 125 a 168.

³⁷¹ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “*Estudios y comentarios a la Ley...*”. Op. cit. p 78.

Conviene señalar, antes de continuar, que el requisito exigido por el artº 15.1 es el de poseer “cualificación o experiencia profesionales”. No se exigen acumulativamente la cualificación y la experiencia, bastando estar en posesión de cualquiera de las dos para cumplir con los requerimientos de la Ley.

El artº 15.2, segundo inciso, establece al respecto que “*se presume que*”:

-“Poseen cualificación profesional quienes hayan obtenido un título superior universitario de grado de licenciatura en ciencias jurídicas, económicas, actuariales y financieras, administración y dirección de empresas o en materia específica de seguros privados”.

-“Tienen experiencia profesional para ejercer sus funciones quienes hayan desempeñado durante un plazo no inferior a cinco años funciones de alta administración, dirección, control o asesoramiento de entidades financieras sometidas a ordenación y supervisión de solvencia por la Administración Pública o funciones de similar responsabilidad en otras entidades públicas o privadas de dimensiones y exigencias análogas a las de la entidad que se pretende crear”.

La Ley plantea un requerimiento temporal al exigir, al menos, una experiencia de cinco años y un contenido de dicha experiencia referido a “alta administración”, “dirección”, “control” o “asesoramiento”. Ambos pueden justificarse por haber desarrollado las funciones bien en entidades financieras sometidas a control administrativo o bien en otras entidades públicas o privadas.

No obstante, en este último caso se exige que la experiencia se haya adquirido en entidades de “dimensiones” y “exigencias” análogas a las de la entidad que se pretende crear. El requisito de la dimensión es razonablemente fácil de contrastar (capital social, ámbito territorial, presupuesto de ingresos y gastos, número de empleados, etc), pero el de que la entidad de la que se procede tenga “exigencias análogas” a las de la aseguradora que se crea es de más difícil comprensión, porque si tales exigencias análogas se relacionan con las propias de las aseguradoras (normas específicas de ordenación, supervisión por la Administración Pública, garantías financieras) estas suelen concurrir en entidades financieras de otro tipo y estas ya están contempladas específicamente por el propio precepto, y si se trata de exigencias de otro tipo deberían haber sido explicitadas por la Ley.

Por último, ante la duda de si las condiciones reconocidas por la Ley para presumir la existencia de la cualificación y la experiencia, son una lista cerrada o no, un sector de la doctrina considera que al construirse la delimitación de dichos requisitos mediante un sistema de presunciones, la posesión de los mismos puede ser acreditada por medios distintos a los previstos por el artº 15 de la Ley³⁷².

d. Supuestos inhabilitadores para desempeñar la dirección efectiva

Con independencia de los requisitos necesarios para poder desempeñar la dirección efectiva de las entidades, el artº 15.3 de la Ley establece una serie de supuestos que impiden, en cualquier caso, desempeñar dicha dirección, aunque se cumplan los requisitos establecidos con carácter general.

³⁷² LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”. Op. cit. p.78.

Se trata de situaciones en las que queda patente la falta de honorabilidad ya que son la expresión de un incumplimiento de las leyes que rigen la actividad y caen de lleno en las previsiones del propio artº 15.2.

A los efectos indicados, el referido artº 15.3 de la Ley establece que “*en ningún caso podrán desempeñar la dirección efectiva de entidades aseguradoras*”, las personas que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a'. Situaciones de indole penal

- Los que tengan antecedentes penales por delitos de falsedad, violación de secretos, descubrimiento y revelación de secretos, contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, malversación de caudales públicos y cualesquiera otros delitos contra la propiedad;

- Los *inhabilitados* para ejercer cargos públicos o de administración o dirección en entidades financieras, aseguradoras o de correduría de seguros

- Los *quebrados y concursados no rehabilitados*, salvo que, en virtud de convenio aprobado judicialmente, se les permita ejercer el comercio; y,

- En general, *los incursos en incapacidad o prohibición* conforme a la legislación vigente.

b'. Situaciones derivadas del sistema de sanciones o de medidas de control especial previstas por la legislación especial de seguros

Los que, como consecuencia de procedimiento sancionador o en virtud de medida de control especial, hubieran sido *suspendidos en el ejercicio del cargo o separados del mismo, o suspendidos en el ejercicio de la actividad*, en los términos en la propia Ley de Ordenación, y en la de Mediación en Seguros Privados, de 30 de abril de 1992, durante el cumplimiento de la sanción o hasta que sea dejada sin efecto la medida de control especial.

5. AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ESPECIAL.

5.1. Necesidad de la autorización.

5.1.1. Antecedentes

La exigencia de autorización administrativa previa al inicio de operaciones, y la consecuente inscripción en un Registro Especial creado al efecto, ha sido uno de los medios constantes para ejercer el control por parte del Estado desde los inicios de la regulación de la actividad.

Así, por lo que a las leyes de seguros españolas se refiere, lo reconocieron la Ley de 14 de mayo de 1908 (artº 1º, que hacía mención a “solicitar (...) la inscripción en el Registro”); la de 16 de diciembre de 1954 (artº 3º) y la de 2 de agosto de 1984 (artº 6).

En la Ley vigente de Ordenación de 1995 la materia viene regulada en su artº 6 y desarrollada en los artículos 4 a 8 del Reglamento de Ordenación de 1998.

También la doctrina y la legislación extranjera han reconocido esta exigencia a largo del tiempo³⁷³.

5.1.2. Autorización inicial

A. Reconocimiento legal de su necesidad

El artº 6.1 de la Ley dispone que “*el acceso a las actividades definidas en el artículo 3 por entidades aseguradoras españolas estará supeditado a la previa obtención de autorización administrativa del Ministro de Economía y Hacienda*”.

El citado artº 3 de la Ley al que remite la norma, que ya fue comentado en su momento, hace referencia al ámbito objetivo que delimita el objeto social de las entidades: seguro directo de vida, incluida la capitalización; seguro distinto del de vida; reaseguro; y actividades preparatorias y complementarias y de prevención de daños. No obstante este precepto debe ser puesto en conexión con el artº nº 5 de la Ley que establece las operaciones prohibidas, el nº 11 que delimita el objeto social de las entidades y las referencias a la clasificación de ramos y a los ramos de caución y defensa jurídica que hacen, respectivamente, las Disposiciones 1ª, 2ª y 3ª de la Ley.

B. Requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización

El análisis individual de los requisitos de acceso establecidos por la Ley ya fue efectuado con anterioridad y a él nos remitimos.

Según el artº 6.2 de la Ley se consideran *requisitos* necesarios para *obtener y conservar* la autorización administrativa los siguientes:

1º. Adoptar una de las *formas jurídicas* previstas en el artículo 7 de la Ley, que fueron comentadas en su momento

³⁷³ MANES, Alfredo. “*Tratado de Seguros. Teoría General del Seguro*”. (Traducción a la 4ª edición alemana por Fermín Soto). Pp. 349 y 360 a 367. Editorial Logos. Madrid 1930.

HERRMANNSDORFER, Fritz. “*Seguros Privados*”. (Traducción de Rafael Luengo Tapia y Wilhelm Neumann. Anotada por Antonio Lasheras Sanz), p.83. Enciclopedia de ciencias jurídicas y sociales. Editorial Labor. Barcelona, Madrid, Buenos Aires 1933.

BENITEZ DE LUGO RODRÍGUEZ, Félix. “*Tratado de Seguros*. Tomo I: Legislación comparada de seguros, p. 112 y 128 a 181. Madrid 1942.

CABALLERO SANCHEZ, Ernesto. “*Introducción al estudio del Seguro Privado*”, p.163 a 177. Madrid 1948.

DONATI, Antigono. “*Los Seguros Privados. Manual de Derecho*”. Traducción de Arturo Vidal Solá), p. 70 a 72. Librería Bosch. Barcelona 1960.

SANCHEZ CALERO, Fernando. “*Curso de Derecho del Seguro Privado*”, pp. 633 y 84. Bilbao 1961.

HALPERIN, Isaac. “*Seguros*”. Vol. I. Segunda edición (actualizada por Juan Carlos Felix Morandi), p.142 y 149. Depalma. Buenos Aires 1983.

EFREN OSSA G, J. “*Teoría General del Seguro*”. Tomo I: La Institución, p.293. Editorial Temis. Bogotá 1988.

2º. En su caso, facilitar información sobre la existencia de *vínculos estrechos* con otras personas o entidades.

3º. Limitar su *objeto social* a la actividad aseguradora y a las operaciones definidas en el artículo 3 de la Ley, con exclusión de cualquier otra actividad comercial, en los términos de los artículos 5 y 11 de la misma.

4º. Presentar y atenerse al *programa de actividades* exigido por el artº 12 de la Ley.

5º. Tener el *capital social o fondo mutual* y el *fondo de garantía* previstos por la Ley. Hasta la concesión de la autorización, el capital social o fondo mutual desembolsados se mantendrán en los activos que reglamentariamente se determinen, de entre los que son aptos para cobertura de provisiones técnicas.

6º. Indicar las *aportaciones y participaciones* en el capital social o fondo mutual de los socios, quienes habrán de reunir los requisitos legalmente exigidos.

7º. Que la *dirección efectiva* recaiga en personas que reúnan las condiciones necesarias de honorabilidad y de cualificación o experiencia profesionales.

8º. Cuando la entidad pretenda operar en el ramo de *Responsabilidad Civil de Automóviles*, deberá comunicar el nombre y dirección del representante designado en cada uno de los Estados del Espacio Económico Europeo, encargado de la tramitación y liquidación de los siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado o en un país firmante del sistema de Carta Verde³⁷⁴.

Hay que destacar que los requisitos exigidos por la Ley lo son tanto para obtener la autorización como para conservarla y, según veremos en su momento, la no justificación de alguno de ellos es causa de denegación de la autorización y su pérdida, después de obtenida, puede ser causa de revocación de la misma, aunque, como veremos más adelante, los requisitos para obtener la autorización no coinciden totalmente con los supuestos que permiten la denegación de la misma.

Frente a la técnica usada por la Ley de Ordenación de 1984, en la que se contenía una remisión general a “que se cumplan los requisitos establecidos en la presente Ley”, la de 1995 enumera dichos requisitos, con lo cual se facilita la labor de interpretación de la norma, al incrementar la seguridad jurídica en la aplicación de la misma.

Como ha señalado la doctrina, en una primera lectura de los requisitos expresamente considerados como necesarios para obtener la autorización cabría preguntarse si son solo estos los requeridos a tales efectos. Como veremos más adelante, la respuesta debe ser negativa una vez que se ponen en concordancia dichos requisitos con los supuestos en que procede denegar la autorización³⁷⁵.

³⁷⁴ Requisito incluido en el artº 6.2 (nueva letra g.) de la Ley por el art 32 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del sistema Financiero (BOE de 23 de noviembre de 2002). LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “*Estudios y comentarios...*”. Op. cit. p53.³⁷⁵

También debe indicarse que como el artº 6 de la Ley solo efectúa una enumeración de los requisitos exigibles, el concepto y contenido de cada una de ellos deben ser buscados en los artículos 7 a 15 de la misma, que regulan cada uno de ellos.

5.1.3. Autorización parcial de ramo

Es posible que la autorización inicial se solicite y obtenga únicamente para operar en solo una parte de los riesgos que corresponden a un determinado ramo de seguro.

A estos efectos la Ley en su artº 6.6, segundo párrafo, dispone que dicha autorización se ajustará a lo dispuesto reglamentariamente, en desarrollo de lo cual el Reglamento, en su artº 6.2 establece que:

- La autorización podrá abarcar sólo una parte de los riesgos correspondientes a un ramo, a instancia de la entidad aseguradora solicitante.

- El procedimiento y requisitos de autorización serán los mismos que los previstos en la Ley y en el Reglamento para el ramo correspondiente, si bien, en el programa de actividades las indicaciones, justificaciones y previsiones deberán adecuarse a los riesgos concretos a los que se limite la solicitud de autorización.

- Además, el artº 6.3 del Reglamento establece que cuando se trate del ramo de Enfermedad la autorización podrá concederse de modo independiente para los riesgos en los que exclusivamente se otorguen prestaciones pecuniarias (las típicas de dicho ramo, hasta que la Ley incluyó en él al de Asistencia Sanitaria) o exclusivamente se preste el servicio de asistencia sanitaria.

5.1.4. Ampliación de la autorización

La autorización inicial puede ser objeto de ampliación bien porque se pretenda operar en *nuevos ramos* distintos de los que ya se tienen autorizados, bien porque se *amplían los riesgos* de un ramo ya autorizado (ampliación del ámbito material, en ambos casos) o bien porque se quiere ampliar el *ámbito territorial* de operaciones (ampliación del ámbito espacial).

En todos los supuestos indicados es precisa una nueva autorización previa, según prescribe la Ley en su artº 6.3, párrafo primero, en el que se establece, además, que en tales casos “*la ampliación de la autorización administrativa estará sujeta a que la entidad aseguradora cumpla los siguientes requisitos*”:

1º. Tener cubiertas sus provisiones técnicas y disponer del margen de solvencia establecido por la Ley. Además, en el caso de que para los ramos a los que solicita la extensión de actividad la Ley exija un capital social o fondo mutual y un fondo de garantía mínimo más elevados que los que se les venía exigiendo con su anterior actividad, deberá disponer de los mismos.

2º. Presentar el programa de actividades de conformidad con lo previsto al efecto.

Como complemento a las previsiones de la Ley, el Reglamento en su artº 7, párrafo segundo, después de reproducir en su párrafo primero, con leves modificaciones de redacción, el texto de la Ley en cuanto a los supuestos que requieren nueva autorización. Establece que a dichos efectos “*la entidad aseguradora deberá remitir la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 6.3 de la Ley y aportará certificación del acuerdo adoptado por el órgano social competente*”.

5.1.5. Denegación de la autorización

La Ley efectúa una regulación detallada de los supuestos que pueden conducir a la denegación de la autorización. No utiliza la técnica convencional de remitir al incumplimiento de los requisitos necesarios para su obtención.

Así, el artº 6.5 de la Ley dispone que “*la solicitud de autorización será denegada*” en los siguientes supuestos:

A) Si la entidad no adopta una de las *formas jurídicas* exigidas, sus *estatutos* no se ajustan a la Ley, o carezca de *cualesquiera de los restantes requisitos* legales para la válida y eficaz constitución en la forma elegida;

B) Cuando si existen *vínculos estrechos* estos *obstaculicen el buen ejercicio de la ordenación y supervisión* o este se vea obstaculizado por las *disposiciones de un tercer país* que regulen a una o varias de las personas con las que la entidad aseguradora mantenga vínculos estrechos;

C) Si el *objeto social* no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 6.2.b) de la Ley.

D) Cuando *no presente el programa de actividades*, o el presentado *no contenga todas las indicaciones* o justificaciones exigidas por la Ley, o aun conteniéndolas, *resulten insuficientes o inadecuadas* al objeto o finalidad pretendido por la entidad o, aun presentándolo, *no se corresponda con la situación real de la entidad*, de modo que ésta carezca de una buena organización administrativa y contable, o de procedimientos de control interno adecuados o de los medios destinados a cubrir las exigencias patrimoniales, financieras, de solvencia o, en su caso, de prestación de asistencia que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad.

E) Cuando carezca del *capital social* o *fondo mutual mínimo* requeridos;

F) Cuando no se hayan precisado las *aportaciones sociales* o no se considere adecuada la *idoneidad* de los socios que vayan a tener una participación significativa, tal como se define en la Ley, atendiendo a la necesidad de garantizar una gestión sana y prudente de la entidad;

G) Quienes tengan encomendada la *dirección efectiva* no reúnan las condiciones necesarias de honorabilidad o de cualificación o experiencia profesionales.

Conviene en este punto hacer referencia a un aspecto que quedó apuntado al comentar los requisitos necesarios para obtener la autorización inicial.

Si se comparan estos últimos, relacionados en el artº 6.2, con los requeridos para la denegación de la autorización del artº 6.5, puede comprobarse que no existe una total correlación entre unos y otros. Como ha señalado la doctrina, las causas de denegación no son las de concesión pero puestas en negativo³⁷⁶.

En general los supuestos de denegación de la autorización coinciden con los de su concesión, aunque hay casos en que estos han sufrido alguna ampliación en su formulación, y también hay otros en que se innovan nuevos supuestos.

Así, ante “facilitar información sobre la existencia de vínculos estrechos”, la denegación puede producirse cuando estos “*obstaculicen el buen ejercicio de la ordenación*”; ante el requisito de “presentar y atenerse a un programa de actividades”, se podrá denegar la autorización si, además, *no se presenta el programa, no contiene las indicaciones requeridas, etc.*

Pero la principal novedad en los supuestos de denegación viene dada por la inclusión *ex novo*, como causa de denegación, del supuesto en que “*los estatutos no se ajusten a la presente Ley, o carezca de los restantes requisitos legales para la válida y eficaz constitución de la forma elegida*”. Con ello los estatutos se convierten en un requisito más para obtener y conservar la autorización y, además, la referencia a la constitución válida y eficaz nos reenvía tanto a lo establecido al efecto por la Ley de Ordenación como a lo prevenido en las restantes leyes que regulen las formas jurídico-sociales de las entidades que pueden realizar la actividad aseguradora.

En este punto, aunque el artº 6.5 de la Ley no hace mención al artº 24.1 de la misma en que se establece que “*los estatutos de las entidades aseguradoras se ajustarán a lo dispuesto en esta Ley y sus disposiciones complementarias de desarrollo y, subsidiariamente, a la legislación que les sea aplicable según su naturaleza*”, creemos que son dos preceptos que necesariamente deben ser puestos en conexión, ya que, por un lado, el artº 6.5 dispone que serán objeto de denegación la autorización solicitada cuando los estatutos de la entidad “*no se ajusten a la presente Ley*” y el ámbito normativo a tener en cuenta para dicho “ajuste” lo aclara el artº 24.1, que todo él es “Ley”, al exigir la adecuación de aquellos no solo a lo previsto materialmente por la misma en el resto de su articulado, sino también a las disposiciones complementarias y a la legislación que, subsidiariamente, les sea aplicable según su forma social.

Por ello no compartimos la tesis de que no puede ser causa de denegación de la autorización la inadecuación de los estatutos sociales a la legislación complementaria y a la que de manera subsidiaria les es aplicable a las entidades en función de su forma social³⁷⁷.

Por último para finalizar este punto, conviene hacer mención a dos extremos.

El primero es advertir que el artº 6.5 establece que la autorización “*será denegada*” cuando se produzca alguno de los supuestos previstos por La Ley, términos que deben considerarse imperativos para la Autoridad de Supervisión, la cual deberá

³⁷⁶ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “*Estudios y comentarios sobre la Ley...*”. Op. cit. p58

³⁷⁷ NUÑEZ LOZANO, Mª. C. “Ordenación y supervisión...”. Op. cit. p.145.

dictar Orden de denegación si, como es lógico, una vez advertida en tiempo y forma la Entidad sobre los defectos y reparos existentes no los subsanase en los plazos establecidos para ello.

El segundo se refiere a que, a la vista de los términos en que están redactados los números 2 y 5 del artículo 6, es necesario considerar que los requisitos legales necesarios para obtener y conservar la autorización son los que se deducen de ambos preceptos, puestos en conexión con otros artículos a los que se remiten explícita o implícitamente tales como los artículo 7 a 15 y 24 de la Ley o a otras leyes³⁷⁸.

5.1.6. Modificación de la documentación aportada

El artº 5 del Reglamento de Ordenación establece el procedimiento a seguir y los efectos que pueden producirse, en su caso, cuando las entidades procedan a modificar los documentos que sirvieron de base para obtener la autorización administrativa de acceso a la actividad, modificaciones que, en ningún momento, serán objeto de autorización previa para su realización. Este tema será tratado en el capítulo VI cuando se analicen las condiciones aplicables durante el ejercicio de la actividad aseguradora.

5.1.7. Supuestos de simple comunicación

A. Relativos a entidades aseguradoras

La Ley, en su artº 6.7 prevé algunos supuestos que no requieren la autorización administrativa previa, bastando la comunicación a la Dirección General de Seguros con un mes de antelación.

Tales supuestos son los siguientes:

- “a) La creación por entidades aseguradoras españolas de sociedades dominadas extranjeras.*
- b) La adquisición de la condición de dominante en sociedades extranjeras.*
- c) El establecimiento de sucursales y la actividad en régimen de libre prestación de servicios en países no miembros del Espacio Económico”.*

No obstante cuando se trate de establecer sucursales y de ejercer la actividad en régimen de libre prestación de servicios en el territorio de otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo se aplicarán las normas especialmente previstas al efecto por los artículo 55 y 56 de la Ley.

B. Relativos a otro tipo de organizaciones

Tampoco precisarán autorización administrativa previa, según el artº 6.8 de la Ley, bastando la comunicación a la Dirección General de Seguros con una antelación de un mes a la iniciación de la actividad:

³⁷⁸ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “Estudios y comentarios sobre la Ley...”. Op. cit. p. 59.

“a) Las organizaciones, dotadas o no de personalidad jurídica, que se creen con carácter de permanencia para la distribución de la cobertura de riesgos entre entidades aseguradoras o para la prestación de servicios comunes relacionados con la actividad de las mismas.

b) Las Agrupaciones de Interés Económico y las Uniones Temporales de Empresas, constituidas por entidades aseguradoras, a las que se refiere el artº 23.5 de la Ley”.

En ambos casos la Dirección General de Seguros podrá suspender las actividades antes referidas o requerir modificaciones en las mismas, cuando apreciara que no se ajustan a los preceptos reguladores de la ordenación y supervisión de la actividad aseguradora o a las normas de contrato de seguro.

Por su parte el Reglamento, en su artº 8, establece que con la referida comunicación se deberá aportar la siguiente documentación:

- a) Copia autorizada de la escritura de constitución, debidamente inscrita, en su caso, en el Registro Mercantil.
- b) Estatutos de la organización o agrupación.
- c) Memoria detallada de las actividades que hayan de realizar.
- d) Información relativa a las entidades aseguradoras que las componen.

5.2. *Naturaleza de la autorización. La autorización, conformadora de la capacidad para operar en la actividad aseguradora*

5.2.1. *Naturaleza de la autorización*

Siguiendo el criterio clasificatorio expuesto por un sector de la doctrina³⁷⁹, la autorización administrativa que comentamos ha sido calificada como simple, de funcionamiento, reglada y mixta³⁸⁰.

Así, puede decirse que la autorización es *simple* en la medida en que “únicamente se propone controlar la actividad autorizada” sin que pueda ir más allá de dicho fin, tratando además de orientar y encauzar la actividad del sujeto autorizado, en función de los criterios marcados por una previa planificación sectorial o por la propia norma (autorización operativa), ya que las Primeras Directivas prohíben que la concesión de la autorización pueda estar condicionada por las necesidades económicas del mercado.

La autorización es *de funcionamiento* ya que, lejos de generar entre la Administración y el sujeto autorizado una relación ocasional y no estable, la autorización mantiene su vigencia mientras dure la actividad autorizada, que es considerada de carácter indefinido, y hace surgir una relación de carácter permanente entre el Órgano autorizante y el sujeto autorizado. Por ello los requisitos necesarios para obtener la autorización lo son también para conservarla y su ausencia en un momento determinado justifica las facultades administrativas para revocar la autorización.

³⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. “Curso de Derecho Administrativo”.. Tomo II, Cuarta edición, pp.139 a 147. Civitas 1997.

³⁸⁰ NUÑEZ LOZANO, Mº. C. “Ordenación y supervisión...”. Op. cit. pp. 146 a 149.

Es *reglada* en tanto en cuanto la Administración debe circuncribirse a comprobar si se reúnen los requisitos prescritos por la Ley para su otorgamiento, sin que pueda argumentar en contra del mismo criterios de oportunidad. No obstante, la existencia de numerosos conceptos jurídicos indeterminados, que la Administración debe valorar para conceder o no la autorización, con margen de apreciación muy amplio, ha hecho pensar que los mismos pueden encubrir una cierta suerte de discrecionalidad administrativa.

Por último, la autorización es *mixta* en tanto en cuanto que los requisitos para otorgarla pueden ser de carácter objetivo (forma jurídica, objeto social, capital social, programa de actividades, etc.) o de carácter subjetivo (honorabilidad, cualificación, experiencia profesional, de socios y directivos).

5.2.2. La autorización conformadora

La tesis de que la autorización es presupuesto previo para poseer la capacidad para contratar y, en consecuencia, su carencia suponía, por razones de orden público, la nulidad absoluta de los contratos de seguro realizados en ausencia de dicha autorización, fue sostenida por un sector de la doctrina incluso con la legislación anterior a la Ley de Ordenación de 1954³⁸¹, aunque no faltaron opiniones en contra de tal planteamiento³⁸².

Posteriormente, durante la vigencia de la Ley de 1954, un sector de la doctrina abundando en el enfoque antes referido, consideró que la autorización era “un acto administrativo presupuesto genérico de la actividad aseguradora, o autorización conformadora que crea la *capacidad especial aseguradora*”, lo cual llevaba a considerar que la autorización crea en la entidad la capacidad para contratar en el sector asegurador, completando su capacidad de obrar y, en consecuencia podía mantenerse la tesis de la nulidad absoluta de los contratos efectuados sin autorización³⁸³.

Bajo la vigencia de la Ley de 1984, tal planteamiento se vió potenciado al considerar por primera vez explícitamente la Ley, en su artº 6.6, que “serán nulos de pleno derecho” los contratos y operaciones celebrados por “entidades no inscritas”, con lo cual se dio sanción legal a las tesis anteriormente expuestas cuya aplicación, no obstante, no era pacífica. Debemos señalar, sin embargo, que en este caso el mandato legal se aplicaba a las “entidades no inscritas”, con lo cual los contratos de seguro efectuados por entidad inscrita pero realizados en un ramo para el que careciera de autorización no se encontraban incluidos en el supuesto legal de nulidad absoluta, sino en el de anulabilidad, con independencia de la sanción que pudiera corresponder³⁸⁴.

La Ley de Ordenación de 1995 ha completado la aplicación ortodoxa de los principios antes indicados³⁸⁵, superando el concepto de “entidad no inscrita” para fundamentar la nulidad de pleno derecho de las operaciones realizadas por “entidad no autorizada”, y sobre cuyos efectos nos remitimos a lo indicado al analizar la sanción de

³⁸¹ CABALLERO SANCHEZ, E. “Introducción al estudio...”. Op. cit. pp. 100, 272 y 273.

³⁸² SANCHEZ CALERO, Fernando. “Curso de Derecho del Seguro Privado”, p. 34. Bilbao 1961.

³⁸³ LINDE PANIAGUA, E. “Derecho Público del Seguro”. Pp. 155, 156, 157.y 179

³⁸⁴ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso a la ...”, en “Comentarios a la Ley de ...”. Op.cit. pp. 239 y 240.

³⁸⁵ LINDE PANIAGUA, E. “Condiciones de acceso...”, en “Estudios y comentarios...”. Op. cit. p.52.

nulidad y las operaciones prohibidas. Con ello se cierra un largo pero constante proceso de recepción por el ordenamiento jurídico de las construcciones de la doctrina en la materia, pudiéndose considerar que, efectivamente, la autorización confiere a las entidades aseguradoras la capacidad de obrar específica³⁸⁶ que les habilita para poder ejercer, precisamente, su objeto social, produciéndose, en consecuencia la nulidad de pleno derecho de los contratos y operaciones realizadas careciendo de dicha autorización, ya sea esta la inicial que da acceso al Registro especial, las sucesivas de ampliación de ramo, de ampliación de riesgos en ramo autorizado, y de ampliación de ámbito territorial, o cuando se carezca de autorización por haber sido esta revocada.

Ante el supuesto de realización de operaciones sin la preceptiva autorización, el Reglamento de Ordenación establece en su artº 6.4 que la Dirección General de Seguros “*podrá requerir a cualquier persona física o jurídica que, sin haber obtenido la preceptiva autorización, realice operaciones de seguros para que cese inmediatamente en el ejercicio de dicha actividad, y acordar la publicidad que considere necesaria para información del público*”.

Ello significa que, con independencia de la sanción de nulidad radical que la Ley aplica a las operaciones realizadas sin la preceptiva autorización, la administración está facultada para exigir el cese inmediato de tales operaciones y dar a la situación la publicidad que estime oportuna, para general conocimiento y en defensa de los derechos de los posibles afectados.

No obstante debemos hacer notar que el precepto reglamentario reproduce el texto del artº 11.3 de la Ley de 1984, con excepción de las referencias que el mismo hacía a que el Órgano de Control “*aplicará las sanciones que procedan (...) y, en su caso dará cuenta a los Tribunales de Justicia*”.

5.3. Efectos de la autorización

Los efectos de la autorización son fundamentalmente dos: uno es la obtención de la capacidad especial aseguradora (artº 6.5 de la Ley) y el otro es la inscripción en el registro administrativo de entidades aseguradoras a que se refiere el artº 74 de la Ley (artº 6.6), y que analizaremos en otro capítulo del presente trabajo.

Por lo que se refiere a la obtención de la capacidad especial de obrar como entidad aseguradora, podemos distinguir tanto un ámbito material como un ámbito espacial³⁸⁷.

5.3.1. Ámbito material

Respecto al *ámbito material* la norma general viene dada por el artº 6.5 de la Ley cuando dispone que la autorización se concederá por el Ministro de Economía y Hacienda [hoy Ministro de Economía] “*por ramos, abarcando el ramo completo y la cobertura de los riesgos accesorios o complementarios del mismo, según proceda,*

³⁸⁶ NUÑEZ LOZANO, Mº. C. “*Ordenación y supervisión...*”. Op. cit. p. 152.

LINDE PANIAGUA, E. “*Condiciones de acceso...*”, en “*Estudios y comentarios de la ...*”. Op. cit. p.54.

³⁸⁷ Vid al respecto LINDE PANIAGUA, E. “*Condiciones de acceso...*”, en “*Estudios y comentarios...*”. Op. cit. pp. 54 y 57.

comprendidos en otro ramo". No obstante cuando se trate de cooperativas o mutualidades de previsión social

En orden a lo indicado también debe tenerse en cuenta que el artº 6.6 de la Ley refuerza lo anterior al disponer que la autorización "*permitirá a las entidades aseguradoras practicar operaciones únicamente en los ramos para los que hayan sido autorizadas y, en su caso, en los riesgos accesorios o complementarios de los mismos, según proceda, debiendo ajustar su régimen de actuación al programa de actividades, estatutos y demás requisitos determinantes de la concesión de la autorización*".

Por su parte el Reglamento regula la materia en su artº 6.1, aunque prácticamente su contenido es igual al de la Ley, sin que las diferencias afecten al fondo de la cuestión.

A efectos de la autorización administrativa debe respetarse la clasificación de ramos establecida en la Disposición Adicional Primera de la Ley que ya fue examinada al analizar el objeto social de las entidades aseguradoras. La autorización, que deberá respetar las denominaciones contenidas en la citada Disposición, puede comprender uno o más ramos si bien, en este último caso, pueden utilizarse las denominaciones previstas para la autorización simultánea cuando se autoricen los grupos de ramos admitidos a tal efecto en cada caso.

No obstante lo anterior, también cabe la posibilidad de que la autorización solo abarque a un tipo de riesgos de un ramo concreto y no a la totalidad de los que lo comprenden. En este caso el ámbito material general se ve reducido y la autorización no puede tener la eficacia de la "autorización única" a la que más adelante haremos referencia.

5.3.2. Ámbito espacial

Como consecuencia de la recepción en el Ordenamiento español de las Terceras Directivas Comunitarias relativas a los seguros de vida y a los seguros distintos al de vida³⁸⁸, una de las principales novedades de la Ley de Ordenación de 1995 se refiere al *ámbito espacial* de las entidades. Según el artº 6.5 de la Ley la regla general es la de que la autorización es "*válida en todo el Espacio Económico Europeo*" y permite ejercer tanto en régimen de derecho de establecimiento como en régimen de libre prestación de servicios. Es lo que se suele denominar como "autorización administrativa única", "licencia única" o "pasaporte europeo".

Sin embargo, la autorización no revestirá el carácter de licencia única cuando solo comprenda una parte de los riesgos correspondientes al ramo autorizado, un territorio de ámbito menor al del territorio nacional, o se refiera a operaciones comprendidas en el artículo 49.2 de la Ley que comentaremos en su momento (riesgos asumidos por el Consorcio de Compensación de Seguros, y determinadas operaciones de los seguros de vida o de no vida).

En consecuencia, la Ley contempla varios tipos de autorizaciones, ateniéndonos al ámbito espacial o territorial en que las mismas pueden ejercerse:

³⁸⁸ Directivas del Consejo: 92/96/CEE, de 10 de noviembre, y 92/49/CEE, de 18 de junio, respectivamente.

- *Autorizaciones válidas para todo el Espacio Económico Europeo.*
- *Autorizaciones válidas solo para el territorio español, bien porque así se solicite o bien porque se trate de las operaciones previstas por el referido artº 49.2 de la Ley.*
- *Autorizaciones válidas para un ámbito territorial inferior al nacional, por así haberse solicitado o por prescripción de la Ley (artº 10.4: mutuas y cooperativas a prima variable).*

Respecto a las entidades que obtienen la autorización única conviene indicar que a estas, además de las normas de general observancia, les es aplicable en determinados aspectos una regulación específica, tanto si se trata de operar en régimen de libre prestación de servicios como de derecho de establecimiento, y según sean entidades españolas (arts. 49 a 56 de la ley) o entidades que han obtenido la autorización en otro país del Espacio Económico Europeo (arts. 78 a 86).

5.3.3. Ampliación del ámbito material y del territorial

Tanto la ampliación a ramos no autorizados, como la ampliación a riesgos no comprendidos en la autorización de uno o más ramos concretos y la ampliación del ámbito territorial, deben ser objeto de autorización administrativa, de conformidad con lo previsto por el artº 6.3 de la Ley.

A tales efectos el citado precepto exige también que las entidades deben tener cumplidas sus garantías financieras de provisiones técnicas, margen de solvencia, fondo de garantía y capital social o fondo mutual, así como presentar el programa de actividades a que anteriormente se hizo referencia.

5.4. Procedimiento administrativo para obtener la autorización

Las normas establecidas para este supuesto constituyen una novedad en la Ley de Ordenación de 1995, ya que la de 1984 no hacía ninguna referencia a estos extremos.

No obstante, dichas normas específicas no son numerosas, siendo aplicable, en todo lo no previsto por las mismas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Ello implica que el procedimiento de autorización debe funcionar bajo los principios de *oficialidad, igualdad, antiformalismo, audiencia del interesado, publicidad, y reconocimiento de medios de revisión o impugnación.*

5.4.1 Iniciación

La iniciación del procedimiento debe ser, en todo caso, a instancia de parte. A tales efectos el artº 6.4 de la Ley dispone que *la solicitud de autorización* se presentará en la Dirección General de Seguros y deberá ir acompañada de los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, según se trate de autorización inicial o de ampliación de ramos, de riesgos en ramos ya autorizados o de ámbito territorial.

5.4.2. Ordenación e instrucción

De conformidad con el artº4.1 del Reglamento, la solicitud de autorización deberá ir acompañada de los siguientes documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 6 de la Ley:

1º. Copia autorizada de la *escritura de constitución* debidamente inscrita en el Registro Mercantil o, en su caso, en el Registro de Cooperativas en la que conste la acreditación de la efectividad de la suscripción y desembolso de, al menos, las cifras mínimas de capital social o fondo mutual que resulte exigible en cada caso.

2º. *Relación de socios*, con expresión de las participaciones que los mismos ostenten en el capital social o de las aportaciones al fondo mutual, debiendo acompañarse cumplimentado el *cuestionario* que al efecto establece la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1998, referido a las condiciones de *idoneidad* legalmente exigibles a los socios que posean una participación significativa.

3º. Descripción detallada de aquellas relaciones que constituyan *vínculos estrechos* de acuerdo con lo definido en el artº 8 de la Ley.

4º. Programa de actividades que contenga, al menos, las indicaciones y justificaciones previstas en el artº 12 de la Ley, y en los arts., 24 y 25 del Reglamento.

5º. Relación de quienes, bajo cualquier título, lleven la *dirección efectiva* de la entidad, debiendo acompañarse cumplimentado el *cuestionario* que al efecto establece la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1998, referido a las condiciones de *cualificación o experiencia profesionales* legalmente exigibles.

6º. De conformidad con lo dispuesto por el artº 6.2.d) de la Ley y como desarrollo del mandato de la misma, el Reglamento en su artº 4.3 dispone que hasta la concesión de la autorización, el capital social o fondo mutual desembolsados se mantendrán en los siguientes bienes de los previstos en el artículo 50 del Reglamento:- apartados 1 al 6 y 8 (valores mobiliarios, salvo letras de cambio) , - 10 (bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios), - 20 (efectivo en caja y divisas negociables en la OCDE), y - 22 (cheques de cuentas corrientes no perjudicados, garantizados por entidad de crédito autorizadas para operar con establecimiento en el Espacio Económico Europeo). También deberán cumplirse los requisitos de titularidad establecidos artº 51 de la norma reglamentaria.

5.4.3. Terminación

El artº 6.4 de la Ley dispone que la solicitud de autorización deberá ser resuelta en el plazo de 6 meses siguientes a la fecha de presentación de la misma.

La terminación normal del procedimiento puede producirse por acto expreso, mediante Orden Ministerial que conceda la autorización a que deniegue la misma. A estos efectos el artº 4.2 del reglamento de ordenación establece que *la autorización o denegación se hará por Orden Ministerial motivada, que pondrá fin a la vía administrativa.*

También, con independencia de la obligación de resolver que recae en la administración, puede terminarse el procedimiento mediante resolución presunta por silencio administrativo, que la Ley declara como negativo al establecer en el artº 6.4. inciso final, que “*en ningún caso se entenderá autorizada una entidad aseguradora en virtud de actos presuntos*” por el transcurso del referido plazo de seis meses.

Lo anterior no impide que puedan entrar en funcionamiento los modos anormales de terminación del procedimiento por *desistimiento, renuncia y caducidad*.

CAPÍTULO IV.

EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA (I)

GARANTÍAS FINANCIERAS

1.- INTRODUCCIÓN

Al igual que para el acceso a la actividad la legislación exige la justificación de determinadas garantías financieras previas, durante el ejercicio de la misma se requiere el cumplimiento de otro tipo de garantías financieras tales como la obligatoriedad de constituir e invertir las actualmente denominadas provisiones técnicas, la de mantener márgenes de solvencia y fondos de garantía suficientes y la de limitar la distribución de excedentes y la ampliación de actividades en determinadas circunstancias. Algunas de tales obligaciones, como las provisiones técnicas que comentaremos más adelante, se han venido exigiendo desde los inicios de la legislación de control y supervisión con la Ley de 14 de mayo de 1908.

La Ley de Ordenación vigente regula dichas “garantías financieras” en su Título II (De la actividad de entidades aseguradoras españolas), Capítulo II (Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora), Sección 1ª (artº. 16: provisiones técnicas; artº17: margen de solvencia; artº 18: fondo de garantía y artº 19: limitación de distribución de excedentes y de actividades).

2. PROVISIONES TÉCNICAS.

2.1. Justificación de su exigencia

La exigencia de constituir las provisiones técnicas es, como se ha indicado, una constante en todas las leyes que han regulado el seguro privado en España. Es uno de

los muchos casos de la evolución de los Ordenamientos Jurídicos en los que el Derecho, tratando de dar respuesta a las necesidades de ordenación de una realidad que le viene socialmente dada, termina por incorporar a su acervo normativo las reglas que resultarán aplicables a dicha realidad.

Este proceso es plenamente aplicable a la exigencia legal de constituir las provisiones técnicas por parte de las entidades aseguradoras. Las provisiones técnicas no “nacen” a instancias del legislador de un momento determinado, no son creación de la “*mens legislatoris*”. Preceden a esta, se sitúan en la misma esencia de la operación de seguros como acto en masa y son reconocidas como técnicamente necesarias para el correcto funcionamiento de la actividad y la consiguiente garantía de los asegurados³⁸⁹.

Según se ha dicho la constitución obligatoria de provisiones técnicas ha sido exigida por todas las leyes reguladoras de la actividad aseguradora aunque, como es lógico, el régimen no sea absolutamente idéntico en unas y en otras. Así, dedicaron atención a este importante y fundamental aspecto de la técnica aseguradora, la Ley de 1908 (arts. 16 a 20), la de 1954 (artº 21) y la de 1984 (artº 24).

Cabe señalar en este punto que el término “provisiones técnicas” es relativamente reciente, ya que el usual hasta 1981 era el de “reservas técnicas”. Fue el primer Plan de Contabilidad sectorial, aprobado por la Orden Ministerial de 30 de julio de 1981, el que, teniendo en cuenta la normativa comunitaria, introdujo la nueva terminología para cuya justificación se expresaba así la introducción al referido plan contable: “*En primer lugar y desde el punto de vista terminológico, hay que hacer notar que se sustituye el término tradicional “reservas” por el de “provisiones”. El contenido de estas últimas definido por varias legislaciones y en la práctica internacional aseguradora, es bien distinto de lo que representan en la doctrina y en los usos contables las cuentas de “reservas” como recursos financieros propios. La actual terminología de “reservas” en seguros, aún con el complemento de técnicas, induce a interpretaciones erróneas e, incluso, a facilitar informaciones financieras distorsionadas*”, considerándose esta terminología más adecuada “*para recoger las dotaciones fundamentalmente destinadas a reservar recursos para próximos ejercicios, mediante la periodificación de ingresos y costes técnicos*”.

La diferente finalidad y origen de ambos tipos de reservas, las patrimoniales y las técnicas, hizo que algún sector de la doctrina denominara a las primeras “reservas *stricto sensu*” y a las segundas “reservas *lato sensu*”³⁹⁰.o reservas *impropias*³⁹¹. Mientras que las reservas patrimoniales, propiamente dichas, se nutren con los beneficios producidos por la actividad y, en tal sentido, constituyen generalmente patrimonio neto de libre disposición, al ser expresión del ahorro de la empresa, las provisiones técnicas influyen precisamente en la obtención del beneficio final al incidir en la cuenta de resultados aminorando los ingresos por primas o aumentando los gastos por prestaciones.

³⁸⁹ Vid. SANCHEZ CALERO, Fernando. “*Curso de derecho del seguro privado*”, p.159. Ediciones Nauta. Bilbao 1961.

³⁹⁰ OSSA G., J. Efrén. “*Teoría general del seguro*”. Vol. I: “*La institución*”, p. 312. Editorial Temis. Bogotá 1988.

³⁹¹ SANCHEZ CALERO, F. “*Curso de ...*”. Op. cit. p. 160.

La justificación de la existencia de las provisiones técnicas viene dada por lo que se califica como “inversión del proceso productivo”, que se produce en las entidades de seguros ya que estas ingresan las primas por anticipado para posteriormente hacer frente a los siniestros, si se producen las circunstancias aleatorias que generan la obligación de pago de la indemnización. Pero dichas primas están destinadas a cubrir el riesgo durante un periodo de tiempo (el contrato de seguro es de tracto sucesivo) y el asegurador no puede considerarlas como propias y disponer de ellas hasta que haya concluido dicho periodo.

Por ello en cualquier momento en que el asegurador haya de formular sus estados contables, lo normal será a fin de ejercicio, debe este dar a tales primas un tratamiento diferenciado del conjunto de los ingresos ya que parte de las mismas deben destinarse a cubrir riesgos todavía pendientes procedentes de los contratos en vigor.

El mismo tratamiento debe darse a los siniestros. El asegurador no solo debe imputar a sus resultados del ejercicio, o del periodo de tiempo examinado, los gastos por siniestros y prestaciones pagadas sino que, como veremos más adelante, debe también incluir los que habiendo sido ya tramitados están solo pendientes de pago, la valoración más aproximada posible de los que están en tramitación e, incluso, una cifra a tanto alzado de los que sin haber sido aún comunicados en el periodo que se examine han ocurrido en dicho periodo. En este punto debe señalarse que el principio económico de partida bajo el que la legislación trata el tema de la siniestralidad es el de que a cada ejercicio económico deben imputarse los siniestros ocurridos en el mismo, con independencia del estado en que se pueda encontrar su tramitación o conocimiento por parte de la entidad.

2.2. Concepto general de provisiones técnicas

Las provisiones técnicas representan el conjunto de obligaciones que, en cualquier momento, tiene el asegurador con sus tomadores, asegurados y beneficiarios derivadas de las pólizas de seguro contratadas, ya sea por primas que corresponden a riesgos todavía en vigor o por siniestros o prestaciones pendientes de hacer efectivas. Tales obligaciones en unos casos son obligaciones jurídicamente exigibles y en otros se trata de obligaciones que pueden calificarse de contingentes por estar condicionadas a la ocurrencia de un acontecimiento incierto³⁹².

En cuanto representativas de obligaciones, en sentido amplio, deben figurar en el pasivo del balance y en tanto que instrumentos de periodificación contable de los ingresos técnicos (primas) y los gastos técnicos (siniestros y prestaciones), deben constar en el “debe” de la cuenta de pérdidas y ganancias, en concepto de menor ingreso o de mayor gasto.

³⁹² Esta ha sido, en general, la opinión de la doctrina. Vid. al respecto: BENITEZ DE LUGO RODRÍGUEZ, Felix. “*Tratado de seguros*”. Vol I, pp. 511 y 564. Madrid 1942. CABALLERO SANCHEZ, Ernesto. “*Introducción al estudio del seguro privado*”, p.114. Editorial Magisterio Español. Madrid 1948. OSSA G, J. Efrén. “*Teoría general...*”. Op. cit., p. 312. DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. “*Derecho español de seguros*”. Tomo I, p. 113. MAESTRO, José Luis. “*Garantías técnico-financieras de las entidades aseguradoras*”, p. 24. E..A.E. Winterthur. Barcelona 2000. Constituye esta obra actualmente la exposición más completa sobre la materia.

Su función de garantía no se reduce, como veremos más adelante, a la necesidad de su expresión contable sino que, además, las provisiones técnicas deben ser calculadas correctamente, de acuerdo con los métodos legalmente admitidos, e invertidas en bienes de los declarados aptos para tal fin.

La Ley de Ordenación no contiene un concepto legal de provisiones técnicas, aunque sí se ocupa de ello la legislación complementaria que desarrolla la materia. Así, el Plan General de Contabilidad de Entidades Aseguradoras, aprobado por R.D. 2014/1997, de 26 de diciembre, dispone que las provisiones técnicas reflejan “*el valor cierto o estimado de las obligaciones contraídas por razón de los contratos de seguros y reaseguros suscritos*”, así como el de los gastos relacionados con el cumplimiento de dichas obligaciones”, y el Reglamento de Ordenación, en su artº 29.1 contiene también un concepto implícito cuando establece que “*las provisiones técnicas deberán reflejar en el balance de las entidades aseguradoras el importe de las obligaciones asumidas que se derivan de los contratos de seguros y reaseguros*”.

2.3. Principios legales básicos de las provisiones técnicas

La Ley de Ordenación solo dedica un artículo, el nº 16, a las provisiones técnicas. No contiene una definición de cada una de las provisiones técnicas y establece únicamente los principios básicos y fundamentales que afectan a su régimen jurídico, delegando en el Reglamento la regulación pormenorizada de cada uno de los aspectos que inciden en la misma e incluso la posibilidad de crear nuevas provisiones además de las establecidas por la Ley.

Los principios básicos que la Ley establece, y a los que habrá de someterse el régimen jurídico de las provisiones técnicas, son los siguientes:

2.3.1. Obligación de constitución, mantenimiento e inversión

La Ley, en su artº 16.1 dispone que: “*Las entidades aseguradoras tendrán la obligación de constituir y mantener en todo momento provisiones técnicas suficientes para el conjunto de sus actividades. A estos efectos, deberán estar adecuadamente calculadas, contabilizadas e invertidas en activos aptos para su cobertura*”.

El primer párrafo del precepto, que establece la obligación general de constituir las provisiones técnicas procede de la redacción dada por las Terceras Directivas de seguros de vida y de seguros distintos al de vida, si bien introduce una novedad al imponer la obligación de que las provisiones técnicas se deberán “*mantener en todo momento*”, lo cual supone que dicho mantenimiento de las provisiones es de carácter permanente durante toda la duración de la actividad.

Se aclara así legalmente lo que la técnica y la esencia del negocio asegurador demandaban y exigían pero que no tenía una concreción legal clara y nítida, situación esta que hizo posible sostener en algún momento que la obligación de constituir las provisiones técnicas solo era exigible al formular el balance de fin de ejercicio. Interpretación, por cierto, que era rebatible técnica y doctrinalmente ya que la misma conducía a eliminar la función de garantía que siempre tuvieron tales provisiones pues desembocaba en el absurdo de considerar suficiente la demostración de ser solvente

“por un día”, olvidando las más elementales exigencias que impone la técnica y el contrato de seguro.

No obstante conviene indicar que la aplicación rigurosa y extensiva del principio de constitución y mantenimiento “en todo momento” de las provisiones técnicas no deja de plantear algunos problemas ya que como ha señalado algún sector de la doctrina³⁹³ la constitución de las provisiones, sinónimo de su contabilización, es un concepto contable que resulta inseparable de la formulación de un balance y que solo cuando este se lleva a cabo pueden ser constituidas las provisiones. Sobre este tema volveremos al abordar el principio de “cobertura permanente” al que más adelante haremos referencia.

También exige la Ley que las provisiones técnicas constituidas sean “*suficientes para el conjunto de sus actividades*”, o lo que es lo mismo para hacer frente a todas las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y reaseguro que la entidad tenga suscritos.

2.3.2. Clasificación de las provisiones técnicas

El artº 16.1, segundo párrafo, de la Ley, dispone que son provisiones técnicas las siguientes:

- a. De primas no consumidas,*
- b. De riesgos en curso,*
- c. De seguros de vida,*
- d. De participación de los asegurados en los beneficios,*
- e. De prestaciones,*
- f. De estabilización, y*
- Aquellas otras que, con arreglo al Reglamento de desarrollo de la presente Ley, sean necesarias al objeto de cumplir la finalidad a que se refiere el párrafo precedente [artº 16.1. primer párrafo, antes citado].

El Reglamento, haciendo uso de esta última habilitación, incorpora en su artº 29 las tres provisiones técnicas siguientes:

- g. Del seguro de decesos,*
- h. Del seguro de enfermedad,*
- i. De desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo.*

La Ley deja al Reglamento la función de definir cada una de las provisiones técnicas y de completar la clasificación de las mismas pero, en este último supuesto, siempre que, “*sean necesarias al objeto de cumplir la finalidad*” a que se refiere la propia Ley en el párrafo primero de su artº 16.1, que no es otra que la de que las provisiones sean “*suficientes*” para el conjunto de actividades de las entidades, cuyo alcance se comentó anteriormente. Se trata de que si existen supuestos de ramos o modalidades del seguro en que puedan surgir obligaciones no contempladas por las provisiones enumeradas en el texto legal, la norma reglamentaria pueda acoger la exigibilidad de la mismas creando las provisiones pertinentes, con el fin de poder garantizar “suficientemente” los derechos de tomadores, asegurados y beneficiarios.

³⁹³ MAESTRO. José Luis.: “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. pp. 266 y 267.

Esa, y no otra, es la finalidad a que se refiere la Ley como límite y condición de la habilitación reglamentaria³⁹⁴.

2.3.3. Cálculo de las provisiones técnicas

El artº 16.2 de la Ley establece respecto al cálculo de la provisiones técnicas que *“la cuantía de dichas provisiones se determinará con arreglo a hipótesis prudentes y razonables. Reglamentariamente se fijarán los métodos y procedimientos de cálculo de las provisiones técnicas, así como el importe de las mismas a cubrir por la entidad aseguradora”*.

Marca así la Ley el principio ordenador básico que debe regir el cálculo de las provisiones. Las hipótesis utilizadas para dicho cálculo deben ser “prudentes” y “razonables” dado que, por un lado, tratan de garantizar derechos futuros de terceros que no pueden verse defraudados y, por otro lado, no pueden tampoco, por exceso, convertirse en una inadecuada carga financiera que limite el correcto funcionamiento económico y financiero de la entidad poniendo incluso, y paradójicamente, en peligro su estabilidad y solvencia. Entre la opción de aplicar hipótesis de mínimos, que pueden ser insuficientes, y la de dotar las provisiones con cuantías excesivas para así garantizar con absoluta certeza, y con exceso, las obligaciones respectivas, se encuentra la formulación y la exigencia (“se determinará” dice la Ley) de los principios de *prudencia* y *razonabilidad*. Ambos confluyen a su vez para dar virtualidad a la aplicación del principio de *suficiencia*, también exigido por la Ley.

En cuanto a los métodos y procedimientos para el cálculo de las provisiones, la Ley habilita al Reglamento para que establezca los mismos.

No obstante sí establece la Ley, en su artº 16.4 una regla de cautela en garantía de los asegurados al disponer que *“en el seguro de vida, la entidad aseguradora deberá tener a disposición de quienes estén interesados las bases y los métodos utilizados para el cálculo de las provisiones técnicas, incluida la provisión de participación de los asegurados en los beneficios”*.

Puede interpretarse, en consecuencia, a *sensu contrario* que en los demás ramos no asiste tal derecho a los interesados en un contrato de seguro, situación que ha sido criticada por la doctrina, que si bien estima tal cautela plenamente justificada en el especial interés que se produce en el seguro de vida, sobre todo en cuanto se refiere a los derechos de rescate, anticipo y reducción y a la participación en beneficios, no encuentra argumento sólido para negar este derecho a los interesados en los demás ramos del seguro³⁹⁵.

³⁹⁴ En contra, MAESTRO, J.L. *“Garantías técnico-financieras...”*. Op. cit., p. 26.; al considerar que la referencia de la Ley (artº 16.1, párrafo segundo) a que las provisiones del Reglamento *“ sean necesarias al objeto de cumplir la finalidad a que se refiere el párrafo precedente”* resulta ociosa “porque el párrafo primero del artº 16.1 no señala finalidad alguna en cuya contemplación deban constituirse las provisiones técnicas”.

³⁹⁵ ANGULO RODRIGUEZ, Luis de. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”, en *“Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros Privados”*, p. 123. AIDA – Fundación MAPFRE estudios. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

2.3.4. Inversión de la provisiones técnicas

También señala la Ley las reglas fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora de seleccionar los bienes de activo en que deben ser invertidas las provisiones.

La obligación de invertir adecuadamente las provisiones y de establecer normas para llevarla a cabo está en lógica correlación con la obligación de constituir las provisiones y con la función de garantía de futuro que las mismas tienen. Las provisiones, al constituir las, quedarán reflejadas en el pasivo del balance pero, al igual que la demás partidas de pasivo, no dejan de ser meros apuntes contables, importantes y necesarios en su formulación pero carentes de valor material en sí mismos. Si las partidas de pasivo no están suficientemente cubiertas y garantizadas por los activos del balance, la situación puede incluso llegar a ser extremadamente crítica.

Por ello en cuanto a las provisiones técnicas se refiere, y dada la función de garantía de futuro que tienen las mismas, la legislación ha venido exigiendo, y exige, el cumplimiento de una serie de rigurosas normas que deben ser aplicadas para elegir los activos aptos para tal fin. En este punto conviene recordar, según se comentó en el Capítulo I, el importante papel que el sector asegurador juega como intermediario financiero e inversor institucional, en gran medida como consecuencia de la actividad inversora de sus provisiones técnicas, habiendo sido resaltado por la doctrina “el papel estabilizador que cumple en el sistema económico el intermediario financiero, como canalizador de recursos del sistema, que nuevamente revierten en aquel, distribuyéndose según criterios de oportunidad y necesidad económica o política”³⁹⁶.

Así la Ley, en su artº 16.3, dispone que “*los activos representativos de las provisiones técnicas deberán tener en cuenta el tipo de operaciones efectuadas por la entidad aseguradora a fin de garantizar la seguridad, el rendimiento y la liquidez de las inversiones de la entidad, con una adecuada distribución diversificada de dichas inversiones*”.

Obliga la Ley a que la elección de los activos de inversión tenga en cuenta el tipo de operaciones llevadas a cabo por la entidad, para con ello poder aplicar adecuadamente, según los casos, los principios básicos de la política de inversiones que son los de *seguridad, rentabilidad y liquidez*³⁹⁷, junto con el de *diversificación* de las inversiones.

³⁹⁶ CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, Ernesto. “Hacia dos nuevos tipos de inversión de reservas”, en “*Coloquios sobre Seguros Privados*”, p. 172. Revista Española de Seguros. Madrid 1976.

³⁹⁷ Con referencia a los Instrumentos Financieros, y siguiendo a PAMPILLÓN FERNÁNDEZ, Fernando. “*Ejercicios de Sistema Financiero Español*”, pp. 17 a 20. Editorial DYKINSON. S.L., Madrid 2002, la liquidez de una inversión “...depende de la certeza y facilidad de su conversión rápida en dinero, sin sufrir pérdidas”. La seguridad “es la probabilidad de que al vencimiento del IF, el emisor proceda a cumplir las obligaciones asumidas – devolución de la suma recibida junto con los intereses correspondientes”. La rentabilidad “es el rendimiento que otorga al adquirente la tenencia del IF.”...El rendimiento otorgado supone la compensación por la cesión de liquidez y la asunción de los riesgos de mercado y de impago futuro por parte del deudor o prestatario- riesgo de crédito-. Todo ello da lugar a una relación inversa entre liquidez, seguridad y rentabilidad. “Así a mayor liquidez y seguridad, menor rentabilidad, y a menor liquidez y seguridad, mayor rentabilidad”.

También establece la Ley, en el artº 16.5, la aplicación del principio de *congruencia monetaria*, al tiempo que habilita al Reglamento para establecer las *normas y límites* de este último y determinar “*los activos aptos para la cobertura de las provisiones técnicas, los porcentajes máximos de las mismas que puedan estar invertidos en cada tipo de estos activos, las demás condiciones que deban reunir dichas inversiones, así como los criterios de valoración de las mismas*”.

2.3.5. Desarrollo reglamentario

Consecuente con el mandato legal, el Reglamento regula esta importante materia en su Título II, Capítulo II (Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora), Sección 1ª (“Provisiones técnicas”: arts. 29 a 48, sobre clasificación, definiciones y métodos de cálculo), y Sección 2ª (“Cobertura de provisiones técnicas”: arts. 49 a 57, sobre provisiones a cubrir, bienes y derechos aptos para la inversión, reglas para la valoración de los mismos, etc.)

2.4. Régimen jurídico general de las provisiones técnicas.

Seguidamente, siguiendo el desarrollo reglamentario, dedicaremos atención a exponer los principales aspectos generales del régimen jurídico de las provisiones técnicas, relativos al concepto de cada una de ellas, los métodos de cálculo y las normas para la inversión de las mismas, si bien en muchas ocasiones no descenderemos a un gran nivel de detalle ya que ello excedería de los límites del presente trabajo.

2.4.1. Concepto, enumeración, dotación obligatoria y cuantía mínima de las provisiones técnicas

A. Concepto de provisiones técnicas en el Reglamento de Ordenación

El artº 29.1 del Reglamento hace referencia al *contenido obligatorio* de las provisiones técnicas que, derivado de los contratos de seguro y reaseguro suscritos, sirve de base, como antes se indicó, para establecer su concepto general; insiste en los criterios de *prudencia y razonabilidad* para la constitución de estas; recalca que las provisiones técnicas deben garantizar “*todas las obligaciones derivadas de los referidos contratos*”, y amplía su finalidad en el sentido de que han de servir “*para mantener la necesaria estabilidad de la entidad aseguradora frente a oscilaciones aleatorias o cíclicas de la siniestralidad o frente a posibles riesgos especiales*”.

También establece el referido precepto, como es usual en la legislación del seguro privado³⁹⁸, que un Actuario de Seguros certifique profesionalmente la corrección de los métodos de cálculo y su adecuación a las bases técnicas de la entidad y al comportamiento real de las magnitudes estadísticas que las definen. Todo ello, como es lógico, “*sin perjuicio de la responsabilidad de la entidad aseguradora*”.

Finalmente, el indicado artº 29.1 establece que en el caso de que deban elaborarse balances con periodicidad diferente a la anual, (p.e. en el supuesto de cesiones de cartera, fusiones, escisiones, obligación de información periódica al Órgano de Control,

³⁹⁸ Vid. al respecto el párrafo sexto de la Exposición de Motivos y el número quinto de la O.M. de 8 de febrero de 1961 por la que se aclara el contenido de las bases técnicas de las Entidades de Seguros.

requerimiento de la Autoridad de Supervisión, liquidación, etc.), el cálculo y la constitución de las provisiones técnicas se efectuarán aplicando los criterios establecidos en el Reglamento “*con la adaptación temporal necesaria*”

Esta última previsión del Reglamento es consecuencia del principio de “*permanencia*” que rige en la constitución y cobertura de las provisiones técnicas las cuales se exigen “en todo momento”. Otra cosa es que el momento habitual y obligado de formularlas sea el 31 de diciembre, fecha legal de cierre del ejercicio económico. Pero ello no impide que si, por alguna razón, deben formularse el balance y la cuenta de resultados fuera de dicha fecha, los conceptos relativos a las provisiones técnicas se hagan figurar en dichos estados contables atendiendo al periodo de tiempo que los mismos contemplen.

B. Clasificación completa de las provisiones técnicas

Por otra parte, el Reglamento, en sus arts. 29.2 a 48, establece la siguiente clasificación de las provisiones técnicas:

- a. De primas no consumidas (seguros no vida)
- b. De riesgos en curso (seguros no vida)
- c. De seguros de vida:
 - De primas no consumidas
 - De riesgos en curso
 - Matemáticas
- d. De participación en beneficios y para extornos (Vida y no vida)
- e. De prestaciones (Vida y no vida)
 - De prestaciones pendientes de liquidación o pago
 - De siniestros pendientes de declaración
 - De gastos internos de liquidación de siniestros
 - De prestaciones en riesgos de manifestación diferida³⁹⁹
- f. De estabilización.
- g. Del seguro de decesos
- h. Del seguro de enfermedad
- i. De desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo

C. Provisiones técnicas del reaseguro aceptado y cedido

A estos efectos el artº 29.3 del Reglamento dispone que las provisiones técnicas aplicables al reaseguro aceptado y cedido serán las de *primas no consumidas*, de *riesgos en curso*, de *seguros de vida*, de *participación en beneficios y extornos* y de *prestaciones*.

³⁹⁹ Como veremos más adelante no es en sí una provisión distinta sino una variante de las demás de prestaciones, utilizable en determinado tipo de riesgos.

No obstante se establecen dos excepciones ya que se declara que en el reaseguro cedido no se exigirá la provisión de riesgos en curso y en el aceptado se exigirá la provisión de estabilización cuando se trate de riesgos catastróficos.

Respecto al cálculo de dichas provisiones técnicas, el Reglamento dispone, tanto para el negocio aceptado como para el cedido, que su importe “*deberá calcularse*” en la forma general prevista por la propia norma reglamentaria, aunque matiza dicha remisión normativa al establecer que en dicho cálculo se efectuará “*teniendo en cuenta, en su caso, las condiciones específicas de los contratos de reaseguro suscritos*”.

Conviene señalar, a estos efectos, que la aplicación estricta al reaseguro aceptado de la normativa reglamentaria plantea serias dificultades, ya que está concebida para el seguro directo en el cual el asegurador dispone de una mayor información sobre la naturaleza de los riesgos que contrata y de su comportamiento estadístico.

Así, como ha destacado un sector de la doctrina⁴⁰⁰, el reasegurador aceptante no solo no recibe exacta y puntual información del reasegurado cedente sobre cada prima cedida (p.e.: fecha de emisión y finalización de la cobertura, elementos que serían imprescindibles para el cálculo de la provisión de primas no consumidas), sino que la información recibida suele ser de carácter global, inmersa en un contrato que engloba una pluralidad de cesiones, y por tanto de primas, sobre las cuales resulta difícil realizar una periodificación individual de las mismas. Por lo que se refiere a la provisión de riesgos en curso, tampoco parece que el Reglamento tenga en consideración el carácter cíclico de los resultados del reaseguro, lo cual implica que tener resultados negativos durante dos ejercicios no es motivo suficiente para concluir la insuficiencia de las primas y la consiguiente obligación de presentar a la Dirección General de Seguros nuevas bases técnicas, ya que estas, además, son ajenas a la operación de reaseguro aceptado.

Estos y otros muchos ejemplos que demuestran como, al estar diseñado el régimen de las provisiones técnicas en función de las operaciones de seguro directo, no es aplicable en su plenitud dicho régimen a las operaciones de reaseguro aceptado, son los que aconsejan hacer uso adecuado y prudente de la posibilidad que contempla el propio Reglamento de tener en cuenta “*las condiciones específicas de los contratos de reaseguro suscritos*”, adaptando convenientemente, cuando sea necesario, la normativa reglamentaria a las peculiaridades contractuales y técnicas bajo las que funciona la actividad reaseguradora, que a veces dado su carácter eminentemente internacional puede, incluso, plantear supuestos en los que la legislación de los cedentes esté en contradicción con la aplicable en España y la Unión europea.

En ayuda de dicho planteamiento viene el propio Reglamento cuando dispone que “*el cálculo de las provisiones por operaciones de reaseguro aceptado tomará como base los datos que facilite la entidad cedente, incrementándolos en cuanto proceda de acuerdo con la experiencia de la propia entidad*”.

⁴⁰⁰ Vid. en este punto el análisis sobre la materia realizado por MAESTRO, J. L. “Garantías técnico-financieras...”. Op. cit., pp. 241 a 252.

D- Dotación obligatoria y cuantía mínima de las provisiones técnicas

a. Principio general

En general, la cuantía de las provisiones técnicas resultante de aplicar los métodos de cálculo previstos en el Reglamento, a los que más adelante nos referiremos, constituyen la cuantía mínima de dotación obligatoria que debe ser contabilizada. Tal principio viene reconocido por la Disposición Adicional Tercera del Reglamento cuando, en su nº 1, establece que “*las dotaciones obligatorias a efectuar a las provisiones técnicas de acuerdo con lo previsto en el presente Reglamento... tendrán a todos los efectos la consideración de cuantía mínima para la constitución de las citadas provisiones técnicas*”.

b. Caso especial de las provisiones de prestaciones cuando se calcule por métodos estadísticos

Nos remitimos en este punto a lo manifestado sobre el tema al tratar más adelante el cálculo de la provisión técnica de prestaciones.

2.4.2. La provisión de primas no consumidas

A. Concepto

De acuerdo con lo previsto por el artº 30.1 del Reglamento la provisión de primas no consumidas “*deberá estar constituida por la fracción de las primas devengadas en el ejercicio que deba imputarse al periodo comprendido entre la fecha del cierre y el término del periodo de cobertura*”.

La actual “provisión de primas no consumidas” se corresponde con lo que hasta la Ley de 1995 se denominaba, según la época, reserva o *provisión de riesgos en curso*. La adaptación a la normativa comunitaria ha hecho necesario el cambio de terminología ya que, además y como trataremos más adelante, existe una provisión con el nombre de “*riesgos en curso*”, que es complementaria de la de primas no consumidas.

La provisión de primas no consumidas surge a consecuencia de que las pólizas se contratan a lo largo de todo el año, no en un momento concreto del mismo, y su periodo de vigencia no coincide con el ejercicio económico. Ello significa que al cierre de cuentas de este último, o en cualquier otro momento en que haya que formular los estados contables, siempre habrá pólizas que no han finalizado su periodo de cobertura. Dicha situación hace necesario arbitrar un sistema para que, por un lado, al periodo contable que se cierra solo se le imputen las primas que le corresponden por el tiempo corrido hasta esa fecha, las cuales se han “consumido” a lo largo del mismo cubriendo el riesgo que garantizan, y por otro lado el resto de la prima que no se ha consumido pueda ser imputada al periodo de tiempo que resta de cobertura.

Las primas, desde un punto de vista contable, son un ingreso técnico y la principal partida de ingresos en las entidades aseguradoras, y en cuanto tales debe aplicárseles el principio de devengo el cual, según el Plan de Contabilidad sectorial, establece que “la imputación de ingresos y gastos deberá hacerse en función de la *corriente real de*

bienes y servicios que los mismos representan, con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos.”

En el caso de los ingresos técnicos por primas dicha “*corriente real*” de servicios se corresponde con el periodo de *cobertura del riesgo*, a la cual el asegurador se compromete en la póliza como contraprestación por el pago anticipado de la prima por parte del tomador del seguro. Al quedar siempre, como antes se indicó, pólizas con periodos de riesgo sin consumir cuando se produce el cierre contable, resulta necesario aplicar la correcta periodificación contable de tales ingresos técnicos imputando a cada periodo económico (el que se cierra y el que continua) la parte de prima que le corresponde en función del servicio prestado por el asegurador o del todavía pendiente de prestar, según el caso.

B. Cálculo

En cuanto al procedimiento para el cálculo de esta provisión, el artº 30.1 del Reglamento comienza por exigir que la provisión de primas no consumidas “*se calculará póliza a póliza*”, lo cual significa que no pueden aplicarse métodos globales para el cálculo de dicha provisión.

La base de cálculo de la provisión, según el artº 30.2 del Reglamento, “*estará constituida por las primas de tarifa devengadas en el ejercicio, deducido, en su caso, el recargo de seguridad*”.

En primer lugar, se aplica como base para el cálculo la prima de tarifa o comercial. Esta incluye, de acuerdo con el artº 77.1 del Reglamento, la prima pura o de riesgo, -técnicamente destinada a hacer frente a la siniestralidad-, los recargos para gastos de gestión interna (de administración) y de gestión externa (de adquisición del negocio o comerciales), el recargo para beneficio o excedente y el recargo de seguridad. Este último, según comentaremos más adelante, se excluye de la base de cálculo de la provisión.

El Reglamento de 1998, a consecuencia de la recepción de la Directiva de Cuentas en nuestro Ordenamiento⁴⁰¹, se aparta en este aspecto del criterio seguido por el de 1985 el cual utilizaba como base de cálculo la prima de tarifa pero deducía las anulaciones, extornos, bonificaciones, comisiones y otros gastos de adquisición.

No obstante, desde un punto de vista contable, el resultado es equivalente con los dos sistemas, situación en la que no consideramos oportuno abundar en este trabajo⁴⁰².

El Reglamento considera como base de cálculo de la provisión las primas “*devengadas*”, concepto cuyo contenido nos viene dado por el Plan de Contabilidad sectorial cuando al definir en el Grupo 7 de “*ingresos*” las cuentas 700 y 701 sobre Primas netas de anulaciones del seguro directo de no vida y del seguro directo de vida, respectivamente, dispone que “*se entiende por primas devengadas las correspondientes a contratos perfeccionados o prorrogados en el ejercicio, en relación con las cuales el derecho del asegurador al cobro de las mismas surge durante el mencionado periodo*”.

⁴⁰¹ Arts. 18 y 25 de la Directiva 91/674/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguro.

⁴⁰² MAESTRO, J. L. “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. pp. 30 y 31.

Se trata, por consiguiente, de primas sobre las cuales el asegurador ostenta un derecho de cobro jurídicamente perfecto y que corresponden a un contrato de seguro que también ostenta tal cualidad.

Con independencia de que pueda resultar adecuado y necesario establecer la indicada definición en el Plan de Contabilidad, nos parece que la misma debería haberse hecho constar también en el Reglamento, dada la importancia que el concepto tiene para la regulación contenida en el mismo.

Como indicamos anteriormente de la base de cálculo constituida por la prima de tarifa solo puede deducirse el recargo de seguridad. Tal excepción tiene su justificación en que, según veremos en su momento, el referido recargo está específicamente destinado a constituir una provisión específica, la provisión de estabilización, y si no se dedujera de la base de cálculo para la de primas no consumidas, se estaría dotando una doble provisión sobre un mismo concepto de ingresos.

En cuanto al modelo de *imputación temporal* a utilizar para la distribución de las primas, el Reglamento dispone el principio general de que esta “*se realizará de acuerdo con la distribución temporal de la siniestralidad a lo largo del período de cobertura del contrato*”.

Antes se indicó que para la correcta periodificación contable de los ingresos y gastos, la imputación de estos al periodo económico debe efectuarse en función de la *corriente real de bienes y servicios* que los mismos representan, la cual en el caso de los ingresos por primas se corresponde con la “cobertura del riesgo”. Pero si el riesgo es la posibilidad, con el grado de probabilidad que corresponda, de que por azar se produzca el siniestro, es la medición de las características de este lo que nos dará las pautas para la valoración de aquel. De esta manera los caracteres técnicos de la siniestralidad (cuantía, frecuencia, distribución temporal etc.) delimitan y perfilan los del riesgo que se trate.

En orden al precepto comentado, es de especial importancia el concepto de distribución temporal de la siniestralidad. Esta será la que nos muestre cual será la estructura cuantitativa real que tiene la “corriente de servicios” prestada por el asegurador (la cobertura del riesgo) a lo largo del periodo de cobertura, por lo que es lógico que la norma exija que la imputación de primas a efectos de la provisión de primas no consumidas se realice “*de acuerdo con la distribución temporal de la siniestralidad a lo largo del período de cobertura del contrato*”.

Ello es así porque si las primas son la garantía para el pago de los siniestros, estas deben ser en su distribución temporal cuantitativa un reflejo exacto de la distribución temporal de la siniestralidad con el fin de que en todo momento las primas adjudicadas a dicha garantía guarden la misma proporción que las posibles obligaciones derivadas de los siniestros. Así, por ejemplo, si en un contrato anual con efectos del 1 de julio, los cálculos técnicos tienen demostrado que la siniestralidad del riesgo de que se trate se concentra en un 75% en el primer semestre de cada año, la imputación de primas a 31 de diciembre para la provisión debería ser también del 75% y no del 50%, que sería lo que correspondería si se aplicara dicha imputación en proporción al tiempo de riesgo que queda pendiente de cobertura.

Este principio general, más exacto pero también más complejo en su aplicación, no impide que se pueda utilizar el criterio de imputación proporcional al tiempo de duración pendiente del contrato, si puede estimarse “razonablemente” que la distribución de la siniestralidad es uniforme a lo largo del periodo y no existen variaciones significativas durante el mismo. Así, a tal efecto, el artº 30.3.segundo párrafo del Reglamento autoriza a que *“cuando razonablemente pueda estimarse que la distribución de la siniestralidad es uniforme, la fracción de prima imputable al ejercicio o ejercicios futuros se calculará a prorrata de los días por transcurrir desde la fecha de cierre del ejercicio actual hasta el vencimiento del contrato al que se refiere la prima”*.

2.4.3. La provisión de riesgos en curso

A. Concepto

Como antes se indicó el término de provisión “de riesgos en curso” era el que se venía aplicando a lo que actualmente, a partir de la Ley de 1995, se denomina como provisión de primas no consumidas”.

La actual provisión de riesgos en curso se configura como una provisión complementaria de la de primas no consumidas, de carácter temporal como veremos, y que tiene como función prever la eventualidad de que las primas de tarifa sean insuficientes para hacer frente a la siniestralidad y demás gastos, ya que en este caso también se trasladará tal situación de insuficiencia a la provisión de primas no consumidas que se constituya.

Esta provisión constituye una de las novedades aportadas por la Ley de Ordenación como consecuencia de la incorporación de la normativa comunitaria.

Para dar cumplimiento a tal exigencia el Reglamento en su artº 31.1 dispone que *“la provisión de riesgos en curso complementará a la provisión de primas no consumidas en la medida en que su importe no sea suficiente para reflejar la valoración de todos los riesgos y gastos a cubrir por la entidad aseguradora que se correspondan con el periodo de cobertura no transcurrido a la fecha de cierre del ejercicio”*.

B. Cálculo

El Reglamento establece un método de cálculo de cierta complejidad, en el cual no vamos a profundizar por exceder del ámbito del presente trabajo.

No obstante y, a modo de resumen, es conveniente indicar lo siguiente:

1º) La provisión debe calcularse, al menos, por cada ramo.

2º) El periodo de referencia para la observación es de dos años (ejercicio que se cierra y el anterior), salvo en todos los ramos de Responsabilidad Civil, y en los de Crédito y Caución, en los que dicho periodo será de cuatro años (ejercicio que se cierra y los tres anteriores).

3º) La provisión se calculará, por separado, para las operaciones de seguro directo y para las de reaseguro aceptado, deduciendo en ambos casos las cesiones en reaseguro.

4º) El procedimiento de cálculo, para el seguro directo, implica, inicialmente, comparar la suma de ingresos formada por las *primas devengadas* en el periodo (netas de recargo de seguridad), la variación de las *provisiones de primas no consumidas* y de *primas pendientes de cobro*, y los *ingresos por inversiones* de las provisiones técnicas afectas al ramo, con la que resulte de sumar los gastos, en relación con los siniestros ocurridos en el periodo de referencia, las *prestaciones pagadas*, los *gastos imputables a las prestaciones*, la *provisión para prestaciones*, los *gastos de gestión*, *otros gastos técnicos* y los *gastos de las inversiones* afectas a las provisiones técnicas del ramo.

5º) Si la suma de prestaciones y gastos es superior a la obtenida por razón de las primas devengadas, se calculará el porcentaje que represente dicha diferencia respecto del volumen, en el periodo de referencia, de primas devengadas por el seguro directo netas de reaseguro cedido, corregidas por la variación de las provisiones de primas no consumidas y para primas pendientes de cobro, y deberá dotarse la provisión de riesgos en curso por una cuantía igual al valor absoluto que se obtiene aplicando las normas establecidas en el propio Reglamento.

6º) También dispone el Reglamento que si dicho porcentaje no resultara adecuado, teniendo en cuenta evoluciones recientes y significativas de la siniestralidad o de la tarificación, la Dirección General de Seguros podrá modificar el citado porcentaje a petición de la entidad o de oficio mediante resolución motivada.

Esta última previsión tiene su razón de ser en que si bien, en principio, la provisión de riesgos en curso se calcula mediante un método retrospectivo que tiene en cuenta la experiencia pasada de la entidad relativa al periodo de referencia, esta experiencia podría no resultar adecuada cuando se hayan producido cambios en la gestión de la siniestralidad y los gastos que puedan influir favorablemente en los resultados del ejercicio siguiente para el que, precisamente, se constituye la provisión (incremento de tarifas, reducción de gastos, selección de riesgos más rigurosa, etc.) o cuando se prevean circunstancias que, por el contrario, puedan influir negativamente en los resultados de la entidad pudiéndose ver incrementada la diferencia negativa que produce la necesidad de dotar la provisión.

Ante tales supuestos la experiencia pasada de la entidad puede dejar de ser determinante para el cálculo de la provisión y se permite, según se indicó antes, que pueda ser rectificado su cálculo para adecuarlo a la realidad previsible de la siniestralidad futura.

C. Operaciones de reaseguro aceptado

Si en los riesgos aceptados en reaseguro se producen desviaciones que pongan de manifiesto la insuficiencia de las primas aplicadas, parece lógico concluir que tal insuficiencia debe tener su reflejo contable, al igual que ocurre en el seguro directo.

A tales efectos el Reglamento dispone en su artº 31.3 que “*la provisión de riesgos en curso por operaciones de reaseguro aceptado deberá dotarse cuando, aun no*

disponiendo la entidad de información completa o suficiente, una evaluación prudente de la experiencia y los resultados de los contratos en curso pongan de manifiesto una insuficiencia en la prima de reaseguro aceptado, neta de las comisiones y otras retribuciones establecidas por la entidad”.

No establece, sin embargo la norma reglamentaria un método específico para el cálculo de dicha provisión. Teniendo en cuenta que el cálculo de la provisión en el seguro directo utiliza una serie de conceptos que no son del todo aplicables al reaseguro directo (p.e.: la provisión para primas no consumidas no suele establecerse en los reaseguros no proporcionales) o sobre los que el reasegurador no dispone de suficiente información, parece lógico pensar que el procedimiento de cálculo utilizado para el seguro directo no es aplicable en toda su integridad al reaseguro aceptado, aunque sí debe procurarse que dicho cálculo se lleve a cabo utilizando el máximo paralelismo posible con el método de cálculo establecido para el seguro directo⁴⁰³.

D. Efectos de la insuficiencia de primas. Revisión de las bases técnicas

El establecimiento de la provisión de riesgos en curso es de carácter coyuntural. Solo tiene como fin complementar la provisión de primas no consumidas para compensar temporalmente la posible insuficiencia de las primas, situación esta que no puede consolidarse a cambio de dotar sistemáticamente la provisión.

Por ello el Reglamento, en su artº 31.4 dispone que *“cuando durante dos ejercicios consecutivos sea necesario dotar la provisión (...), la entidad deberá presentar en la Dirección General de Seguros informe actuarial sobre la revisión necesaria de las bases técnicas para alcanzar la suficiencia de la prima”.*

Dado que la provisión de riesgos en curso es una provisión global que se calcula para el conjunto de un ramo, y no tiene imputación concreta a cada una de la pólizas y que, de acuerdo con lo exigido por los arts. 24.3 de la Ley y 76.6 del Reglamento, las tarifas de primas deben ser “suficientes” para hacer frente a las obligaciones derivadas de los contratos de seguro, resulta del todo obligado la revisión de las bases técnicas de la entidad para que respondan a dicho principio de suficiencia y poder restablecer el equilibrio individualmente en cada póliza.

El Reglamento permite que la dotación a la provisión de riesgos en curso se haga hasta en dos años consecutivos, ya que las conclusiones obtenidas de la contemplación de un solo año pueden revestir carácter coyuntural y carecer de la firmeza suficiente para obligar a la modificación de las bases técnicas, pero si la situación se mantiene durante dos años resulta ineludiblemente necesario llevar a cabo tal modificación.

⁴⁰³ Vid al respecto: MAESTRO, J. L. “Garantías técnico-financieras...”. Op. cit . pp. 56 a 58; y FERNÁNDEZ RUIZ. Antonio José. “Análisis de los Estados Financieros de las Entidades Aseguradoras”, p. 197. Aula Universitaria de Economía Actuarial y Financiera. Madrid 2000.

2.4.4. La provisión de seguros de vida

A. Concepto general

De conformidad con lo establecido por el artº 32.1 del Reglamento la provisión de seguros de vida comprende:

a'. En los seguros cuyo período de cobertura sea igual o inferior al año, la provisión de primas no consumidas y, en su caso, la provisión de riesgos en curso.

b'. En los demás seguros, la provisión matemática.

Las dos primeras ya fueron tratadas anteriormente por lo que más adelante nos ocuparemos de la provisión matemática, la cual recibe su nombre de los necesarios cálculos matemático actuariales que sirven de fundamento para configurar el equilibrio técnico de las obligaciones del asegurador y del tomador en los seguros de vida, carácter matemático en el que, como es obvio, no entraremos por no ser propio de esta sede.

El calificativo de “provisión de seguros de vida” es nuevo en el ordenamiento español y su uso obedece a la necesidad de incorporar las Directivas comunitarias que regulan la materia (Tercera Directiva sobre seguros de vida y Directiva de Cuentas).

No obstante dichas Directivas al tratar esta provisión están teniendo en consideración el concepto de provisión matemática, tanto por la definición que de ella da la Tercera Directiva de Seguros de Vida que es la que correspondería al concepto de provisión matemática calculada por el método prospectivo⁴⁰⁴, como por el diseño de la Cuenta Técnica del Seguro de Vida que formula la Directiva de Cuentas en el que se incluye la “provisión de seguros de vida” con carácter independiente y autónomo de la mención relativa a las provisiones de primas no consumidas y las de riesgos en curso⁴⁰⁵.

El Reglamento, con ánimo integrador, ha incluido en el concepto de “provisión de seguros de vida” tanto la más característica del ramo, la *provisión matemática*, como la de *primas no consumidas* y la de *riesgos en curso*, ya que estas dos últimas son provisiones técnicas aplicables tanto al seguro de vida como a los ramos no vida. Finalidad integradora que, por otra parte, queda incompleta en el precepto referido, ya que no incluye otras provisiones que o bien son así mismo utilizadas tanto en los seguros de vida como en los de no vida, caso de la provisión de *prestaciones* y la de *participación de beneficios y para extornos*, o bien son exclusivas del ramo como la de *desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo*.

Volviendo al concepto de “provisión de seguros de vida” contenido en el Reglamento, este dispone en su artº 32.1, primer párrafo, que esta provisión “*deberá representar el valor de las obligaciones del asegurador neto de las obligaciones del tomador por razón de seguros sobre la vida a la fecha de cierre del ejercicio*”, definición esta similar a la de provisión matemática pero en la que el Reglamento ha eliminado la referencia al valor “actual actuarial”, para dar cabida en el concepto a las

⁴⁰⁴ Artº 18 de la Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, que da nueva redacción al artº 17 de la Directiva 79/267/CEE.

⁴⁰⁵ Artº 34 de la Directiva 91/674/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1991

provisiones de primas no consumidas y a las de riesgos en curso, lo cual ha sido criticado por la doctrina por considerar que el concepto utilizado no encaja del todo con el de estas últimas provisiones técnicas que tienen una función esencialmente periodificadora de las primas devengadas⁴⁰⁶.

B. Concepto de provisión matemática

La provisión matemática se genera a consecuencia de la existencia de las denominadas primas de ahorro que surgen en ciertas modalidades de los seguros de vida.

Así en los *seguros de vida plurianuales* cuando se cubre el riesgo de *fallecimiento*, si la prima se calculara en función del valor del riesgo que anualmente corre el asegurador (prima natural), dado que el riesgo es creciente se produciría un encarecimiento anual de las primas, respecto a las del año anterior, que resulta especialmente gravoso en los últimos años de la tabla de mortalidad.

Ante tal situación se calcula una prima constante (media, promedio o nivelada) igual para todos los años de duración del seguro. A consecuencia de ello durante cierto número de años dicha prima resulta superior al valor del riesgo, hasta un momento determinado de la duración del contrato en que se invierte la situación y la prima pagada comienza a ser inferior a la prima natural que correspondería al valor del riesgo.

Mientras la prima constante es superior al valor del riesgo, esta contiene de hecho dos magnitudes: la *prima de riesgo* necesaria para la cobertura del mismo y la *prima de ahorro* constituida por el exceso que supone la prima constante sobre la prima de riesgo. Dichas primas de ahorro, incrementadas con la rentabilidad producida por la aplicación del interés técnico garantizado en el contrato, constituyen la *provisión matemática* que tiene como finalidad compensar técnicamente la insuficiencia que se produce en la prima constante a partir de un determinado momento. Igualmente ha de constituirse la provisión matemática si el pago de la prima se efectúa de una sola vez por toda la duración del contrato (prima única).

A consecuencia de lo anterior en los *seguros temporales plurianuales*, en los que el asegurador pagará la indemnización si el asegurado fallece durante el plazo del contrato, la provisión matemática irá disminuyendo a medida que el asegurador, a partir del momento en que la prima constante es inferior a la valoración del riesgo, va aplicando la provisión matemática a su destino técnico de compensación, hasta que al final de la duración del contrato su valor es cero, momento en el cual se extinguen las obligaciones del asegurador.

En los *seguros de vida entera*, en los que el asegurador se compromete a pagar la indemnización cuando muera el asegurado cualquiera que sea la fecha en que se produzca el fallecimiento, como el asegurador pagará en todo caso la indemnización la provisión matemática no se extingue en ningún momento sino que se irá incrementando hasta que, de acuerdo con las tablas de mortalidad utilizadas, su importe coincida con el capital asegurado al alcanzar el asegurado la última edad de la tabla.

⁴⁰⁶ MAESTRO, J. L. “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. p. 96.

No obstante cuando se trata de *seguros de fallecimiento anuales*, o de duración inferior al año, o incluso de seguros temporales anuales renovables, la prima que se calcula es toda ella en función del valor del riesgo y, en consecuencia, no se genera la provisión matemática sino las de primas no consumidas y las de riesgos en curso, en su caso.

En el caso de *seguros de vida* para caso de *supervivencia* el asegurador estará obligado a entregar el capital o la renta pactada si el asegurado vive en la fecha de expiración del contrato, pero no corre ningún riesgo por el fallecimiento de este. En este supuesto toda la prima es prima de ahorro y, junto con la rentabilidad técnica que genera, se integra en la provisión matemática cuyo valor al final del contrato coincide con el del capital asegurado.

El Reglamento, en su artº 32.2 primer párrafo, establece un concepto de provisión matemática ligado, como es lógico, al concepto matemático-actuarial de la misma, al disponer que “*la provisión matemática, que en ningún momento podrá ser negativa, se calculará como la diferencia entre el valor actual actuarial de las obligaciones futuras del asegurador y las del tomador o, en su caso, del asegurado*”.

La exigencia de que la provisión matemática no pueda ser negativa también se encontraba recogida en el anterior Reglamento de 1985 (artº 55.3).

La provisión matemática es el saldo de la operación de seguro, en un momento determinado, y representa un crédito del tomador, o del asegurado, contra el asegurador. Si su expresión fuese negativa nos encontraríamos en la situación inversa en que el tomador sería deudor del asegurador, el cual podría verse perjudicado por el posible impago de las primas y la posible insolvencia del tomador, o incluso por el rescate de la póliza.

Por ello, aunque pueden existir determinadas modalidades de seguros en los que la provisión puede resultar matemáticamente negativa, la legislación prohíbe que en las operaciones contratadas pueda materializarse tal situación. Ello obliga a los aseguradores a adoptar, en el diseño actuarial de las operaciones, medidas para evitar la aparición de las provisiones negativas: establecer un periodo de pago de primas inferior al de la duración del contrato; añadir una cobertura complementaria cuya provisión matemática pueda compensar la del riesgo principal o establecer primas anuales decrecientes⁴⁰⁷.

En coordinación con la normativa de la Unión Europea, según quedó antes indicado, el concepto de provisión matemática está formulado por el Reglamento partiendo del método actuarial de cálculo denominado “*prospectivo*”⁴⁰⁸, también denominado “*de previsión*” o “*de expectativa*”⁴⁰⁹. De acuerdo con el mismo se puede

⁴⁰⁷ Vid. GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, José Elias. “*Aspectos técnicos de la legislación de seguro privado*”, pp. 320-321. Centro de Estudios del Seguro. Madrid 1991.

⁴⁰⁸ Otro método usual de cálculo de la provisión matemática, junto con el “prospectivo”, antes indicado, es el denominado “*método retrospectivo*”, que se fundamenta en tener en cuenta las obligaciones pasadas del asegurador y del tomador. Además, y derivados de los dos métodos antes referidos existen otros como el “*de recurrencia*” o de Fouret, globales, etc.

⁴⁰⁹ Vid. GONZALEZ GALÉ, José. “*Elementos de cálculo actuarial*”, p. 181. Edit. EL ATENEO. Buenos Aires 1942.

establecer que “las obligaciones futuras de la compañía son las prestaciones (y gastos) probables esperadas desde el momento del cálculo de la provisión hasta el vencimiento del contrato, y las obligaciones futuras del tomador son las primas futuras pactadas que faltan por vencer”⁴¹⁰.

La referencia que hace el Reglamento a las obligaciones “*en su caso, del asegurado*” tiene relación con la previsión del artº 7, segundo párrafo, de la Ley de Contrato de Seguro según el cual “*el asegurador no podrá rechazar el cumplimiento por parte del asegurado de las obligaciones y deberes que corresponden al tomador del seguro*”. Si llegare tal caso, y el tomador dejase de pagar las primas, el asegurado puede ocupar su lugar y asumir la obligación del pago de aquellas.

C. Cálculo

El artº 32.2 del Reglamento establece las normas aplicables para calcular la provisión matemática y dispone al respecto que la *base de cálculo* de la misma será “*la prima de inventario devengada en el ejercicio*”, en orden a lo cual se entiende por prima de inventario “*la prima pura incrementada en el recargo para gastos de administración previsto en la base técnica*”.

A estos efectos hay que considerar que en el concepto de prima pura debe incluirse tanto la *prima de riesgo* como la de *ahorro*, a pesar de que el Reglamento en su artº 76.6, al establecer los requisitos de las tarifas, se refiere a la “*prima pura o de riesgo*”. Este último precepto al regular con carácter general los elementos de la prima de tarifa asimila ambos conceptos, los cuales son equivalentes solo cuando no existe prima de ahorro. No aclara el precepto, como sí hacía el Reglamento de 1985 en su artículo 51 homónimo del comentado, que la prima pura “*comprende la prima de riesgo y, en su caso, la de ahorro*”, omisión que ha sido criticada por un sector de la doctrina⁴¹¹.

El reglamento dispone que el cálculo de la provisión debe hacerse *póliza a póliza*, por un sistema de *capitalización* individual y aplicando un *método prospectivo*.

No obstante, y en consonancia con las previsiones de la Tercera Directiva de Vida, puede ser utilizado un método retrospectivo:

a) Cuando no fuera posible aplicar el método prospectivo por las características del contrato considerado.

b) Cuando se demuestre que las provisiones obtenidas sobre la base de un método retrospectivo no son inferiores a las que resultarían de la utilización de un método prospectivo.

La referencia a que el cálculo de la provisión debe hacerse “*póliza a póliza*” debe entenderse como que el cálculo ha de hacerse asegurado por asegurado, precisión que resulta obligada cuando se trata de pólizas colectivas, razón por la cual el Reglamento aclara que en este supuesto el cálculo se efectuará separadamente por cada asegurado.

⁴¹⁰ FERNANDEZ RUIZ. Antonio J. “*Análisis de los estados financieros...*”. Op. cit. p. 216.

⁴¹¹ MAESTRO. J.L. “*Grantías técnico – financieras...*”. Op. cit. p. 99.

D. Interés técnico aplicable

a. Introducción

En las operaciones de seguro de vida a un año o a plazo inferior, como vimos, la provisión técnica que se puede generar es la de primas no consumidas, que no requiere la aplicación de ningún tipo de interés ya que es un instrumento simplemente periodificador de las primas.

Es en las operaciones que generan provisión matemática donde el tipo de interés juega un papel determinante. En este tipo de operaciones el tipo de interés es un elemento fundamental tanto para el cálculo de las primas como para el de las provisiones matemáticas.

El tipo de interés está directamente relacionado con la rentabilidad que el asegurador debe obtener de las inversiones afectas a las provisiones matemáticas. Debe tenerse en cuenta que el tipo de interés (también denominado “interés técnico asegurado”) utilizado para el cálculo de las primas es fijo, se garantiza en el contrato y va referido a operaciones cuyos compromisos se adquieren a largo plazo.

Por ello siempre se ha impuesto un principio de cautela y prudencia a la hora de fijar el tipo de interés que, en general, suele estar por debajo de los vigentes en los mercados financieros en el momento de concertar la operación. Hay que tener en cuenta que el tipo de interés juega como factor de capitalización actuarial para la obtención de los capitales finales asegurados, y que a mayor tipo de interés contemplado en la operación, menor será la prima a establecer por unidad monetaria. Razón por la cual una política de excesivos tipos de interés puede llevar a una insuficiencia técnica de primas que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el asegurador, provocando su insolvencia.

Dicha situación explica por qué la fijación de los tipos de interés técnico ha sido siempre uno de los aspectos más complejos y delicados de determinar por parte de los aseguradores y una constante de prudencia a la hora de su exigencia por parte de los ordenamientos jurídicos.

b. Régimen general

El Reglamento de Ordenación vigente (artº 78.1, primer párrafo) permite que el tipo de interés aplicado a las primas y el aplicado a las provisiones técnicas no tengan siempre que coincidir, en contraste con el Reglamento de 1985 que imponía un mismo tipo de interés para ambos casos. No obstante, el vigente Reglamento, en su artº 78.1, segundo párrafo, al regular las peculiaridades de las bases técnicas en los seguros de vida, dispone que “*la utilización de tipos de interés para el cálculo de las primas superiores a los máximos que resulten de las normas ...relativas al cálculo de la provisión de seguros de vida no podrá tener carácter sistemático y permanente*”. Esta última previsión tiene como finalidad evitar que se estén cobrando primas notoriamente insuficientes mediante la fórmula de aplicar en el proceso de capitalización actuarial tipos de interés excesivos que después no coinciden con la realidad de los obtenidos en la inversión de las provisiones matemáticas.

El procedimiento general de cálculo del tipo de interés máximo aplicable a las provisiones matemáticas se establece en el artº 33 del Reglamento⁴¹² distinguiendo según se trate de *seguros expresados en moneda nacional* o de *seguros expresados en divisas*.

En ambos casos el tipo de interés aplicable cada año se establece en función de la evolución de los tipos de interés en los Bonos y Obligaciones (a cinco o más años) del Estado español o del Estado extranjero que corresponda, aplicándose la media aritmética resultante de dichos tipos de interés durante los tres ejercicios inmediatos

⁴¹² Artº 33. Tipo de interés aplicable para el cálculo de la provisión de seguros de vida

1. El tipo de interés aplicable para el cálculo de la provisión de seguros de vida no podrá ser superior a los siguientes límites:

a) En los seguros expresados en moneda nacional, el 60 por 100 de la media aritmética ponderada de los tres últimos años de los tipos de interés medios del último trimestre de cada ejercicio de los empréstitos materializados en bonos y obligaciones del Estado a cinco o más años. La ponderación a efectuar será del 50 por 100 para el dato del último año, del 30 por 100 para el del anterior y del 20 por 100 para el primero de la serie. Dicho tipo de interés será de aplicación a lo largo del ejercicio siguiente al último que se haya tenido en cuenta para el referido cálculo. La Dirección General de Seguros publicará anualmente el tipo de interés resultante de la aplicación de los criterios anteriores.

b) En los seguros expresados en divisas, el 60 por 100 de la media aritmética ponderada de los tres últimos años de los tipos de interés medios del último trimestre de cada ejercicio de los empréstitos materializados en bonos y obligaciones del respectivo Estado a cinco o más años, realizándose la ponderación en los mismos términos del párrafo anterior. Dicho tipo de interés será de aplicación a lo largo del ejercicio siguiente al último que se haya tenido en cuenta para el referido cálculo.

Si el rendimiento real obtenido en un ejercicio de las inversiones afectas a la cobertura de las provisiones de seguros de vida, excluidas las específicamente asignadas a determinadas operaciones de seguro que se ajustarán a lo previsto en el apartado 2 de este artículo, fuera inferior al tipo de interés técnico medio utilizado en operaciones sin la citada asignación específica, la provisión de seguros de vida correspondiente se calculará aplicando un tipo de interés igual al rendimiento realmente obtenido. Lo anterior no resultará de aplicación cuando la entidad haya acreditado previamente ante la Dirección General de Seguros que el rendimiento a obtener en el ejercicio en curso y sucesivos será suficiente para garantizar los compromisos asumidos.

2. No obstante lo anterior, cuando así se haya previsto en base técnica, las entidades que hayan asignado inversiones a determinadas operaciones de seguro, siempre que aquéllas resulten adecuadas a éstas, podrán determinar la provisión de seguros de vida por aplicación de un tipo de interés determinado en función de la tasa interna de rentabilidad de dichas inversiones, en tanto se cumplan los márgenes y requisitos que establezca el Ministro de Economía y Hacienda y se verifique la bondad de la situación con la periodicidad que la norma de desarrollo de este Reglamento establezca. De todo ello y, en su caso, de los cambios que se produzcan en la asignación inicial, deberá quedar constancia en el registro de inversiones.

En particular, la adecuación de las inversiones será objeto de desarrollo por el Ministro de Economía y Hacienda atendiendo, según los casos a:

a) Que exista coincidencia suficiente, en tiempo y cuantía, de los flujos de cobro para atender al cumplimiento de las obligaciones derivadas de una póliza o un grupo homogéneo de pólizas, de acuerdo con su escenario previsto.

b) Que las relaciones entre los valores actuales de las inversiones y de las obligaciones derivadas de las operaciones a las que aquéllas están asignadas, así como los riesgos inherentes a la operación financiera, incluido el de rescate, y su cobertura, estén dentro de los márgenes establecidos al efecto.

3. En seguros con participación en beneficios y en aquéllos en los que la provisión de seguros de vida se haya determinado de acuerdo con lo establecido en el párrafo b) del apartado 2 anterior, esta provisión no podrá calcularse a un tipo de interés superior al utilizado para el cálculo de la prima.

4. De incumplirse los requisitos que permiten la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 anterior, el interés técnico a utilizar en el cálculo de la provisión de seguros de vida será el establecido en el apartado 1 del presente artículo.

anteriores y estableciéndose, además, un grado de ponderación para los valores que resulten de aplicación en cada uno de dichos ejercicios (el 20, 30 y 50% para los ejercicios más lejano, intermedio o más próximo, respectivamente). El tipo de interés aplicable no podrá ser superior al 60 por ciento de la indicada media aritmética ponderada.

Cuando se trate de operaciones expresadas en moneda nacional española se establece, además, que *“la Dirección General de Seguros publicará anualmente el tipo de interés resultante de la aplicación de los criterios anteriores”*.

Respecto a lo anteriormente indicado, la introducción del euro como moneda común europea no debe plantear problema alguno ya que a pesar de que el precepto se refiere a la “moneda nacional”, también lo hace a los “bonos y obligaciones del Estado”, que se sobreentiende el español, y habrá que estar en consecuencia a las emisiones de tales bonos y obligaciones que realice este último, aunque estén denominadas en euros.

En general, y con excepción de las operaciones a las que nos referiremos más adelante, cuando en un ejercicio económico el rendimiento realmente obtenido de las inversiones afectas a la cobertura de las provisiones matemáticas sea inferior al tipo de interés técnico medio utilizado para el cálculo de la provisión matemática, ésta *“se calculará aplicando un tipo de interés igual al rendimiento realmente obtenido”*, salvo que la entidad *“haya acreditado previamente ante la Dirección General de Seguros que el rendimiento a obtener en el ejercicio en curso y sucesivos será suficiente para garantizar los compromisos asumidos”*.

Así, se establece un doble mecanismo de adaptación de los tipos de interés. Por un lado, se revisan los tipos de interés anualmente para calcular la provisión matemática, cuyo valor en el pasivo del balance reflejará así de manera más fiel la realidad de los tipos de interés de los mercados financieros en cada momento, y por otro lado se obliga a que, si los activos en que se invierten las provisiones matemáticas generan una rentabilidad inferior a dichos tipos de interés, se calculen estas de acuerdo con el rendimiento realmente obtenido en los bienes de activo en que aquellas se encuentran invertidas.

Por último también debe indicarse que, según dispone el Reglamento en su artº 78.1, párrafo cuarto, en el cálculo de las primas no podrá aplicarse un tipo de interés técnico superior al tipo general, al que hemos hecho referencia, cuando las entidades, en la parte relativa al ramo de vida, no tengan suficiencia del fondo de garantía, no tengan adecuadamente cubiertas las provisiones técnicas, no dispongan del margen de solvencia legalmente exigible o cuando respecto de dichas entidades se hayan adoptado medidas de control especial.

c. Regímenes especiales

No obstante lo anterior, de conformidad con lo establecido por el artº 33.2 del Reglamento, y siempre que se haya previsto en la correspondiente base técnica, cuando *se hayan asignado inversiones a determinadas operaciones de seguro*, siempre que dichas inversiones resulten *“adecuadas”* a tales operaciones, las entidades *“podrán determinar la provisión de seguros de vida por aplicación de un tipo de interés*

determinado en función de la tasa interna de rentabilidad de dichas inversiones". El Reglamento dispone que tal sistema se podrá utilizar en tanto se cumplan los márgenes y requisitos que establezca el Ministro de Economía y se verifique la bondad de la situación con la periodicidad que establezca la norma de desarrollo del Reglamento. De todo ello y, en su caso, de los cambios que se produzcan en la asignación inicial, deberá quedar constancia en el registro de inversiones exigido el artº 65.e) del Reglamento.

La norma anterior ha sido desarrollada por la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1998 la cual, en sus números 2 y 3, regula de manera minuciosa este aspecto.

La referencia reglamentaria a que el tipo de interés se determine "en función" de la tasa interna de rentabilidad de las inversiones no debe interpretarse en el sentido de que dicha tasa y el tipo de interés deban ser coincidentes sino en el de que la tasa interna deberá de utilizarse como referencia para la determinación de aquel, de acuerdo con lo establecido por la citada Orden⁴¹³.

Además, el propio Reglamento, en su artº 33.2, establece unas bases para determinar la "adecuación" de las inversiones que posteriormente desarrolla la indicada Orden Ministerial en su número 2.

Dicha Orden también regula la "periodicidad" para el control de la adecuación de las inversiones al disponer, en su número 2.4, que *"la entidad tomará nota trimestralmente, al final de cada trimestre natural, de la verificación del cumplimiento o no de las hipótesis y requisitos recogidos en este método en el libro de inversiones"*.

Si se produjera algún incumplimiento de las hipótesis o requisitos antes indicados, deberá reflejarse tal extremo en el libro de inversiones con especificación de las actuaciones oportunas para su subsanación, y si en el trimestre siguiente resultase incumplido de nuevo cualquier requisito o hipótesis, el interés técnico a utilizar en el cálculo de la provisión será el establecido con carácter general por el artº 33.1 del Reglamento, salvo que se justifiquen adecuadamente, ante la Dirección General de Seguros, las medidas a adoptar (artº 33.4 del Reglamento y nº 2.4 de la citada Orden Ministerial).

La importancia que este régimen atribuye al libro de inversiones lo convierte en algo más que un mero registro de datos, ya que se convierte en un instrumento de control, al establecer el artº 65.e), segundo párrafo, que *"cuando la entidad haya asignado inversiones a determinadas operaciones de seguro y en función de la rentabilidad de aquéllas calcule la provisión de seguros de vida de estas operaciones, deberá indicar los métodos de cálculo, hipótesis formuladas y sistemas de control y verificación empleados"*.

También el artº 33.3 del Reglamento establece un régimen especial para el tipo de interés aplicable al cálculo de la provisión matemática tanto en el caso de *seguros con participación en beneficios*, como en aquellos supuestos del artº 33.2.b) en los que *se garantiza un tipo de interés en función de la tasa interna de rentabilidad* de las inversiones afectas a la operación, cuando la relación entre el valor actual de dichas

⁴¹³ MAESTRO. J.L. "Garantías técnico-financieras...". Op. cit. p. 129.

inversiones y el de las obligaciones derivadas de la operación se mantenga dentro de los límites establecidos. En tales casos la provisión no podrá calcularse a un tipo de interés superior al utilizado para el cálculo de la prima.

d. Tablas de mortalidad, de supervivencia y de invalidez.

Las *tablas de mortalidad* son modelos de información estadística que ofrecen, en términos de probabilidad, los hechos de mortalidad que afecta a un grupo de individuos nacidos en la misma fecha, desde esta hasta la extinción total del grupo. Cuando el colectivo de individuos reúne la característica especial de estar afectados por alguna circunstancia que provoque su invalidez podremos obtener las tablas de invalidez.⁴¹⁴

Las tablas de mortalidad cumplen la importante finalidad de proporcionar las probabilidades de morir a una determinada edad o de sobrevivir a la misma, las cuales serán un factor esencial para determinar correctamente las primas que deben aportar los asegurados

El artº 34 del Reglamento establece los requisitos que deben reunir las tablas referidas (basarse en experiencia nacional o extranjera, ajustarse a tratamiento estadístico-actuarial generalmente aceptado, que el final del periodo de observación de la tabla no exceda en más de veinte años a la fecha de cálculo de la provisión, etc.).

La Disposición Transitoria 2ª.5 del Reglamento dispone que, hasta tanto se declare por la Dirección General de Seguros, podrán utilizarse para seguros de supervivencia las tablas GRM80 (para hombres) y GRF80 (para mujeres), con dos años menos de edad actuarial, y para los seguros de fallecimiento las tablas GKM80 y GKF80, todas ellas de experiencia suiza.

Por otra parte, la Circular 1/2000 de 10 de febrero, de la Dirección General de Seguros, en tanto se confeccionan las tablas de experiencia española de población asegurada, admitió el uso de las tablas GRM/F-95 y GKM/F-95, también de experiencia suiza, difundidas después de la publicación del Reglamento.

Por último cabe señalar que, según lo dispuesto por el artº 34.2 del Reglamento de Ordenación, si en la fecha de cálculo de la provisión se constatará la falta de adecuación de las tablas inicialmente utilizadas al comportamiento real del colectivo asegurado, siempre que sobre la evolución real del riesgo exista información suficiente como para permitir una inferencia estadística, se efectuará si procede una sobredotación de la provisión de seguros de vida para reflejar las nuevas probabilidades.

e. Provisión de seguros de vida cuando el tomador asume el riesgo de la inversión

Esta provisión procede de la Directiva de Cuentas cuyo artº 31 regula las “*provisiones técnicas relativas al seguro de vida cuando el riesgo de inversión financiera lo asumen los suscriptores*”, disponiendo que dicha partida del pasivo del

⁴¹⁴ Vid. al respecto LOPEZ CACHERO, Manuel y LOPEZ DE LA MANZANARA BARBERO, Juan. “*Estadística para actuarios*”, p. 168. Fundación MAPFRE Estudios. Editorial MAPFRE. Madrid 1996. También FERNANDEZ RUIZ, A. J. “*Análisis de los estados...*”. Op. cit. p. 219.

balance “*incluirá las provisiones técnicas constituidas para cumplir los compromisos vinculados a inversiones en el marco de contratos de seguros de vida cuyo valor o rendimiento se determine en función de inversiones cuyo riesgo soporte el asegurado o en función de un índice*”⁴¹⁵.

La autonomía contable y conceptual de este tipo de provisiones ya fue reconocida por el Plan de Contabilidad sectorial de 1997.

Se trata de una provisión exclusiva de los seguros de vida cuya constitución será necesaria cuando se trate de operaciones en las que “*contractualmente se haya estipulado que el riesgo de inversión será soportado íntegramente por el tomador*” y, en tal caso, la provisión “*se determinará en función de los activos específicamente afectos o de los índices o activos que se hayan fijado como referencia para determinar el valor económico de sus derechos*”, según dispone el artº 37.1 del Reglamento.

Se trata de operaciones de seguro en las que el asegurador no garantiza un tipo de interés para capitalizar las primas ni la entrega de un capital determinado. Tales operaciones para que sean calificables como de seguro incluyen la garantía de un capital en caso de fallecimiento del asegurado, que funciona como un seguro temporal, dedicándose parte de las primas pagadas por el tomador a la cobertura de dicha garantía. El resto de la prima se invierte por el asegurador según la forma estipulada, quedando obligado a la entrega de la prestación correspondiente que estará en función de la evolución que haya experimentado la inversión efectuada.

La inversión puede materializarse en activos concretos específicamente afectos a la operación, por lo que la prestación del asegurador, al producirse el evento que cause la misma, se establecerá en función del valor de mercado que ostenten dichos activos.

Cabe también que la prestación del asegurador se calcule no en función de los activos específicamente afectos a su cobertura, sino en función de otros activos o índices. En este caso no puede hablarse, en puridad, de que el riesgo de la inversión recaerá íntegramente sobre el tomador, pues si bien es cierto que este asume parte del riesgo de inversión ya que, al no existir un tipo de interés garantizado, la misma estaría influenciada por la evolución de los activos o índices seleccionados, no es menos cierto que el asegurador queda obligado a invertir las primas de manera que se obtenga la rentabilidad que se deduzca de los activos o índices utilizados.

El hecho de que en este tipo de operaciones el valor de la provisión depende del de los activos en que se halle invertida o de la evolución de otros activos o índices de referencia, lo cual hace imposible determinar con exactitud las obligaciones futuras del asegurador, tiene como consecuencia el que el artº 37.2 del Reglamento establezca que no serán aplicables al cálculo de esta provisión las disposiciones establecidas en su artículo 33 sobre tipos de interés para el cálculo de las provisiones matemáticas, a las que antes se hizo mención.

Así mismo conviene indicar que el artº 37.3 del Reglamento dispone que “*se efectuarán las dotaciones a la provisión de seguros de vida que procedan para reflejar*

⁴¹⁵ Directiva del Consejo 91/674/CEE, de 19 de diciembre de 1991 relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros.

los riesgos derivados de estas operaciones que no sean efectivamente asumidos por el tomador”, lo cual resulta aplicable a las operaciones antes indicadas en las que la prestación del asegurador está relacionada con el valor que alcance un determinado activo o índice de referencia. En ellas, como el tomador no asume completamente los riesgos de inversión ya que el asegurador ha de obtener una determinada rentabilidad en la capitalización de las primas que se debe corresponder con la evolución de los activos o índices escogidos, será necesario constituir la correspondiente provisión matemática para garantizar las obligaciones adquiridas por el asegurador. Dicha provisión matemática, no obstante, deberá calcularse por un método retrospectivo ya que al no poder determinarse las obligaciones futuras del asegurador no es posible aplicar el método prospectivo reconocido con carácter general por el artº 32 del Reglamento, el cual habilita para que, en determinados supuestos, se puedan utilizar métodos de cálculo retrospectivos.

Por último debe indicarse que esta provisión deberá ser utilizada para reflejar las obligaciones de las asociaciones tontinas con sus asociados.

2.4.5. La provisión de participación en beneficios y para extornos

A. Concepto

Esta provisión también procede de la Directiva de Cuentas, aunque su novedad es relativa ya que el Plan de Contabilidad sectorial de 1981 reconocía la existencia de la provisión de participación en beneficios dentro de la provisión técnica para prestaciones de vida.

El artº 38.1 del Reglamento establece que esta provisión “*recogerá el importe de los beneficios devengados en favor de los tomadores, asegurados o beneficiarios y el de las primas que proceda restituir a los tomadores o asegurados, en su caso, en virtud del comportamiento experimentado por el riesgo asegurado, en tanto no hayan sido asignados individualmente a cada uno de aquellos*”.

B. Contenido

Se trata de reflejar por un lado las obligaciones del asegurador en aquellas pólizas en que se ofrece al tomador una participación en la rentabilidad obtenida que exceda del interés técnico y, por otro, las que correspondan a contratos en los que se ha pactado la devolución (extorno) de las primas bajo determinadas circunstancias y comportamiento del riesgo (siniestralidad o gastos inferiores a los previstos en las bases técnicas, por ejemplo), todo ello siempre que tales obligaciones no hayan sido asignadas individualmente.

La participación en beneficios es típica del seguro de vida, mientras que la situación de devolución de primas puede plantearse tanto en vida como en no vida, si bien en los seguros de vida no es necesario dotar la provisión para extornos ya que la devolución de las primas, cuando existe en la operación, se encuentra incorporada a los cálculos actuariales e implícita en la provisión técnica del seguro de vida.

En los seguros de no vida, según el artº 38.2 del Reglamento, cuando garanticen el reembolso de primas bajo determinadas condiciones o prestaciones asimilables, se incluirán en esta provisión las obligaciones correspondientes a dicha garantía, calculadas conforme a las siguientes normas:

a.- Se incluirán en la provisión todas las obligaciones por los contratos que sobre la base de la información existente al cierre del ejercicio sean susceptibles de dar lugar a las prestaciones citadas.

b.- La provisión a dotar comprenderá el importe de las primas a reembolsar o prestaciones a satisfacer imputables al período o períodos del contrato ya transcurridos en el momento de cierre del ejercicio.

2.4.6. La provisión de prestaciones

A. Concepto

La provisión para prestaciones pendientes tiene como finalidad reconocer de manera explícita en el pasivo del balance las obligaciones que el asegurador tiene con los asegurados y beneficiarios derivadas de los siniestros ocurridos y todavía no pagados en el momento del cálculo de la misma.

Los siniestros ocurridos a lo largo de un ejercicio económico pueden encontrarse en distintas situaciones cuando llega la fecha de cierre contable. Pueden estar *declarados* y haber sido ya satisfechos, en cuyo caso su importe se reconocerá como un gasto del ejercicio incorporándose a la cuenta de resultados como “prestaciones pagadas”, pero pueden estar todavía sin satisfacer, bien porque estando ya tramitados se conoce su importe líquido definitivo pero no han sido pagados (“pendientes de pago”) o bien porque encontrándose todavía en tramitación no se conoce dicho importe definitivo (“pendientes de liquidación”) debiéndose estimar el mismo a efectos de la provisión. También pueden haber ocurrido en el ejercicio pero estar *pendientes de declaración* al finalizar el mismo.

Todas estas situaciones de los siniestros que están *pendientes de pago, de liquidación o de declaración* representan obligaciones futuras del asegurador con sus asegurados y deben ser evaluadas correctamente para reflejarlas adecuadamente en el pasivo del balance y para ello se constituye la provisión de prestaciones.

Con tal finalidad, el artº 39.1, primer párrafo, del Reglamento establece que “*la provisión de prestaciones deberá representar el importe total de las obligaciones pendientes del asegurador derivadas de los siniestros ocurridos con anterioridad a la fecha de cierre del ejercicio y será igual a la diferencia entre su coste total estimado o cierto y el conjunto de los importes ya pagados por razón de tales siniestros*”.

La referencia a “los importes ya pagados” que hace el precepto ha sido criticada por un sector de la doctrina que considera suficiente con que se hubiera hecho mención a las “obligaciones pendientes por razón de los siniestros” ya que “lo pagado” es ajeno al concepto de provisión que, por sí mismo, refleja obligaciones pendientes⁴¹⁶.

⁴¹⁶ MAESTRO, J. L. “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. p. 60

También dispone el referido precepto, en su párrafo segundo, que el coste de los siniestros *“incluirá los gastos tanto externos como internos de gestión y tramitación de los expedientes, cualquiera que sea su origen, producidos y por producir hasta la total liquidación y pago del siniestro”*.

La previsión reglamentaria viene a reconocer que el coste de un siniestro no solo viene dado por el de la indemnización propiamente dicha, sino que en él deben incluirse aquellos otros costes necesarios para poder determinar dicha indemnización, tales como honorarios de peritos, letrados, médicos, y otros terceros ajenos a la entidad (costes externos) o costes de personal adscrito a la tramitación de siniestros, amortización del inmovilizado afecto a dicha actividad y otros producidos internamente (costes internos).

Así mismo, la indicada norma reglamentaria establece que *“los recobros o cantidades a recuperar por el ejercicio de las acciones que correspondan al asegurador frente a las personas responsables del siniestro no podrán deducirse en ningún caso del importe de la provisión”*.

Tales “recobros” tienen su base en el derecho de subrogación que el artº 43 de la Ley de Contrato de Seguro⁴¹⁷ reconoce al asegurador, la cual reconoce tal derecho *“una vez pagada la indemnización”*. La restricción establecida por el Reglamento para que los referidos recobros no puedan deducirse de la provisión de prestaciones pendientes tiene todo el fundamento ya que el derecho de subrogación nacerá para el asegurador una vez pagada la indemnización, según prescribe la propia Ley de Contrato, y no antes, por lo que no resultaría procedente su deducción de una provisión destinada a valorar el importe de los siniestros que todavía no han sido pagados.

Conviene resaltar, además, que el Reglamento (párrafo tercero del indicado precepto) impone una obligación de suficiencia de la provisión para que esta pueda hacer frente a las obligaciones que refleja en el momento en que deban ser satisfechas, para lo cual establece que *“la provisión deberá tener en cuenta todos los factores y circunstancias que influyan en su coste final y será suficiente en todo momento para hacer frente a las obligaciones pendientes a las fechas en que hayan de realizarse los pagos”*.

La referencia a que la suficiencia tiene como horizonte temporal la fecha en que han de realizarse los pagos plantea algún problema en el caso de los siniestros de larga duración en los que, siguiendo al pie de la letra la exigencia reglamentaria, debe provisionarse en unidades monetarias de hoy el coste de un siniestro que será liquidado transcurridos varios años y, como es lógico, en unidades monetarias de ese momento.

Parecería lógico poder aplicar en tales casos un método de descuento financiero mediante el cual el importe de la provisión vendría dado por el valor actual de los pagos a realizar en momentos posteriores a los de la fecha de constitución de la provisión.

⁴¹⁷ Artículo 43.1 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 : *“ 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, hasta el límite de la indemnización”*.

La Directiva de Cuentas, en su artº 60.1.g), después de establecer el principio general de que no puede efectuarse ningún tipo de deducción o descuento sobre el importe previsible de la indemnización en el momento de su pago, permite que los estados miembros puedan establecer un descuento explícito teniendo en cuenta los productos de las inversiones, si bien establece una serie de requisitos y condiciones para que ello se pueda llevar a efecto.

El Reglamento español no ha reconocido explícitamente tal posibilidad, por lo que no parece que sea aplicable la posibilidad que comentamos, si bien un sector de la doctrina estima que podría ser tomada en consideración cuando la provisión sea calculada por métodos estadísticos que suponen determinar el valor final de los siniestros mediante la proyección de datos históricos⁴¹⁸.

Por último, debemos indicar que la provisión de prestaciones, según el artº 39.5 del Reglamento, está integrada por:

- *la provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago,*
- *la provisión de siniestros pendientes de declaración, y*
- *la provisión de gastos internos de liquidación de siniestros.*

No obstante se establece que “*para las operaciones de reaseguro aceptado, podrá calcularse una única provisión de prestaciones de carácter global*”, lo cual tienen su justificación en que el reasegurador depende de la información que le proporcione la entidad cedente y no siempre posee la suficiente para poder discriminar los tres tipos de provisiones referidas.

B) Cálculo de la provisión de prestaciones

a. Normas generales

El Reglamento establece, en su artº 39.2, y 3, los requisitos generales aplicables al cálculo de esta provisión exigiendo que:

- *Los siniestros se clasifiquen por años de ocurrencia, y su cálculo se realice, al menos, por ramos de seguro.*

- *Cada siniestro sea objeto de una valoración individual, salvo que se apliquen métodos estadísticos.*

b. Supuesto especial para el caso de información insuficiente

Establece el Reglamento en su artº 39.4 que *cuando la información sobre los siniestros no permita una estimación adecuada del importe de la provisión, esta deberá dotarse, como mínimo, y sin perjuicio de posteriores correcciones, por la diferencia entre las primas de riesgo devengadas en el ejercicio, en la parte imputable al mismo, y los pagos por siniestros ocurridos en el ejercicio.*

⁴¹⁸ MAESTRO, J. L. “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. p 61.

c. Utilización de métodos estadísticos

En muchas ocasiones el cálculo de la provisión de prestaciones mediante el método individual, siniestro a siniestro, puede adolecer de inexactitudes y deficiencias derivadas de circunstancias tales como la carencia de información suficiente sobre la ocurrencia del siniestro o la propia subjetividad de los tramitadores, circunstancias que o bien hacen difícil la adecuada valoración económica del mismo o producen una distinta valoración de casos similares según quien haya procedido a la evaluación de los hechos acaecidos en la ocurrencia del siniestro⁴¹⁹.

Ante estos casos puede ser útil y conveniente la utilización de métodos estadísticos que eliminen los inconvenientes del método individual y que son especialmente aplicables cuando se trata de siniestros pendientes de declaración o de siniestros de larga duración en los que la información inicialmente disponible puede ser más bien escasa para poder determinar el coste definitivo.

No obstante la referencia que el artº 39.3 del Reglamento, antes comentada, hace a que “cada siniestro será objeto de una valoración individual, *salvo aplicación de métodos estadísticos*”, no debe conducir a considerar que cuando se apliquen estos últimos las entidades puedan dejar de llevar el control individual de los siniestros. Una cosa es que no se realice una “valoración” individual y otra que pueda no controlarse individualmente los siniestros producidos eliminando su tramitación independiente y la consiguiente justificación documental de los mismos.

El artículo 43 del Reglamento admite la posibilidad de utilizar métodos estadísticos para el cálculo de la provisión de prestaciones, aclarando así la polémica suscitada sobre este extremo por la legislación anterior.

Tal posibilidad viene así mismo reconocida por el artº 60.1.a) de la Directiva de Cuentas, el cual dispone que para el cálculo de la provisión de prestaciones (“provisión de siniestros” la denomina la Directiva) “*podrán utilizarse métodos estadísticos siempre que la provisión constituida sea suficiente, habida cuenta de la naturaleza de los riesgos; sin embargo, los Estados miembros podrán supeditar la utilización de tales métodos a una autorización previa*”.

En consecuencia con lo anterior, el artº 43.1 del Reglamento establece que “*las entidades aseguradoras podrán utilizar métodos estadísticos de cálculo de la provisión de prestaciones*”, los cuales deberán ser presentados ante la Dirección General de Seguros, justificando de manera detallada su adecuación y bondad, pudiendo dicho Órgano denegar su utilización mediante resolución motivada.

A título aclaratorio cabe señalar que los métodos estadísticos utilizables para el cálculo de la provisión suelen clasificarse en tres grandes grupos: métodos *lineales*, métodos *triangulares* y métodos *estocásticos*⁴²⁰.

El Reglamento impone, además, en su artº 43.2 y 3 ciertas *garantías y condiciones* para que puedan aplicarse este tipo de métodos exigiendo:

⁴¹⁹ Vid al respecto MAESTRO, José Luis. “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. pp.78 a 80.

⁴²⁰ Vid. FERNANDEZ RUIZ, A. J. “*Análisis de los estados financieros...*”. Op. cit. pp. 202 y 203.

- Que la estimación del importe final de la provisión se haga tomando en consideración los resultados de, al menos, *dos métodos pertenecientes a grupos de métodos estadísticos diferentes* (a cuyos efectos se considerarán pertenecientes al mismo grupo aquellos métodos que se basen en las mismas hipótesis o que obtengan sus resultados a partir de las mismas magnitudes o variables).

- Que durante un período mínimo de *cinco años* deben utilizarse *simultáneamente* los *métodos estadísticos* con un método de valoración *individual* de siniestros, constituyéndose como importe de la provisión el mayor de los resultados obtenidos.

- Que la entidad tenga un *volumen de siniestros suficiente* para permitir la inferencia estadística y que disponga de información relativa a los mismos, como mínimo de los *cinco últimos ejercicios*, que comprenda las magnitudes relevantes para el cálculo.

- Que los *datos* a utilizar sean *homogéneos* y procedan de estadísticas *fiabes*.

- Que *se excluyan* de la base de datos utilizada para el cálculo estadístico los *siniestros* o grupos de siniestros que presenten características, o en los que concurren circunstancias, que *justifiquen estadísticamente su exclusión*. Estos siniestros serán valorados y provisionados de forma individual.

Por otra parte, el artº 43.4 del Reglamento habilita a la Administración para que en determinados ramos o riesgos, total o parcialmente, se obligue a que la provisión de prestaciones sea calculada mediante métodos estadísticos.

En tal caso se prevé que el “Ministerio de Economía” podrá establecer tal obligación, quedando la Dirección General de Seguros facultada para dar publicidad a los métodos que resulten aplicables al caso, los cuales serán obligatorios en ausencia de otros que puedan haber sido propuestos por las Entidades. Parece lógico considerar en este punto que, salvo que la Orden Ministerial que imponga la utilización de métodos estadísticos diga expresamente lo contrario, será también de aplicación en estos casos el periodo mínimo de cinco años de uso simultáneo de los métodos estadísticos en cuestión y el método individual, tal y como exige el artº 43.2, segundo párrafo.

No obstante lo anterior también dispone el precepto indicado que las entidades puedan solicitar la no aplicación de los métodos estadísticos de que se trate cuando puedan acreditar “*que el método utilizado de estimación siniestro a siniestro ha conducido a resultados suficientes durante los últimos siete ejercicios*”.

Por último, para terminar este apartado, se debe señalar que, según dispone el artº 43.5 del Reglamento, cuando la Dirección General de Seguros considere que el importe de la provisión de prestaciones estimado por la entidad “*resulta insuficiente y puede comprometer la solvencia de ésta*”, podrá obligar, “*mediante resolución motivada*”, a que el importe de la provisión se determine por otros métodos estadísticos diferentes al método de valoración individual o al método estadístico utilizado por la entidad causantes de dicha insuficiencia.

En este caso se exige no solo que se produzca insuficiencia en la estimación de la provisión sino que, además, “pueda comprometer la solvencia” de la entidad, y si bien la constatación de la insuficiencia puede ponerse de manifiesto de manera razonablemente objetiva, por ser demostrable al aplicar los diferentes métodos de cálculo, en cambio la estimación del grado en que la insuficiencia de la provisión puede comprometer la solvencia de la entidad no tiene en el precepto ninguna delimitación, quedando la apreciación de tal extremo dentro de las facultades discrecionales del Órgano de Control, razón por la cual se exige que la resolución de la Dirección General de Seguros deba ser motivada.

d. Cuantía mínima de la provisión de prestaciones: limitación fiscal a los métodos estadísticos

La novedad que supone la admisión de métodos estadísticos para el cálculo de la provisión de prestaciones puede verse limitada en sus efectos por razones tributarias.

La Disposición Adicional Tercera del Reglamento dispone, en su nº 1, que “*las dotaciones obligatorias a efectuar a las provisiones técnicas de acuerdo con lo previsto en el presente Reglamento, (...) tendrán a todos los efectos la consideración de cuantía mínima para la constitución de las citadas provisiones técnicas*”.

La “cuantía mínima” a que hace referencia la norma debe conectarse con lo establecido por el artº 13.1.e) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sociedades, según el cual son gastos deducibles a efectos del Impuesto las dotaciones a las provisiones técnicas realizadas por las entidades aseguradoras, hasta el importe de las cuantías mínimas establecidas por las normas aplicables.

De lo anterior cabría deducir que la provisión de prestaciones calculada por métodos estadísticos, al estar admitidos estos por la normativa, tendría la naturaleza de “cuantía mínima” para la constitución de dicha provisión.

No obstante el nº 2 de la citada Disposición Adicional establece un límite máximo⁴²¹ para la consideración de gasto deducible en el Impuesto de Sociedades cuando la provisión se haya calculado por métodos estadísticos, mientras que admite sin límites la provisión cuando esta haya sido calculada mediante la valoración individual de los siniestros. Dicho límite se obtiene teniendo en cuenta las primas periodificadas y la siniestralidad de los cinco últimos ejercicios y, a tales efectos, la O.M. de 23 de diciembre de 1998 estableció, en su nº 9, el concepto de siniestralidad aplicable considerando como tal “*la suma del importe de las prestaciones y de los gastos*

⁴²¹ D. A. Tercera, nº 2, del Reglamento de Ordenación: “*No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, la dotación a la provisión de prestaciones calculada por métodos estadísticos será gasto deducible a efectos del Impuesto sobre Sociedades en el importe que haga que la siniestralidad del ejercicio no exceda del resultado de aplicar al importe de las primas periodificadas del ejercicio, el porcentaje determinado por la proporción en que se encuentre la siniestralidad de los cinco ejercicios inmediatamente anteriores al período impositivo, en relación a las primas periodificadas habidas en los cinco ejercicios referidos. Para el cálculo mencionado no se tendrán en cuenta aquellos datos que hubieran sido excluidos en la aplicación del método estadístico. En todo caso será gasto deducible del Impuesto sobre Sociedades la provisión de prestaciones en el importe resultante de aplicar el método de valoración individual de siniestros*”.

imputables a las prestaciones pagados por la entidad en cada ejercicio, corregida por la variación de la provisión de prestaciones”.

El planteamiento referido parece incorporar un determinado grado de desconfianza, no del todo justificado, sobre la bondad de los resultados al aplicar métodos estadísticos, que no se corresponde con la confianza otorgada al sistema de valoración individual que, como quedó indicado, puede tener también importantes dificultades a la hora de valorar correctamente determinado tipo de siniestros⁴²².

C. La provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago

a. Concepto y planteamiento general

Esta provisión debe reflejar el importe estimado de los siniestros que se encuentran en tramitación al finalizar el ejercicio económico, así como el importe cierto de los siniestros de tramitación terminada a dicha fecha pero que se encuentran pendientes de pago.

El artº 40.1 del Reglamento dispone al respecto que dicha provisión “*incluirá el importe de todos aquellos siniestros ocurridos antes del cierre del ejercicio y declarados hasta el 31 de enero del año siguiente, o hasta treinta días antes de la formulación de las cuentas anuales, si esta fecha fuera anterior, formando parte de la misma los gastos de carácter externo inherentes a la liquidación de siniestros y, en su caso, los intereses de demora y las penalizaciones legalmente establecidas en las que haya incurrido la entidad*”.

Se trata, en principio, de que a cada ejercicio se le imputen los siniestros producidos aunque no estén declarados a 31 de diciembre, de manera que las cuentas anuales reflejen la siniestralidad realmente acaecida. Por ello la normativa exige que se incorporen a la *provisión de prestaciones pendientes de liquidación* los siniestros ocurridos antes de 31 de diciembre pero declarados después de dicha fecha y antes de la formulación de las cuentas anuales (con los límites temporales que comentaremos) y que se dote, en este caso mediante un cálculo global, la *provisión de prestaciones pendientes de declaración*, que más adelante veremos, con el fin de que se contabilice en el ejercicio el importe de todos los siniestros ocurridos antes de su cierre. Lo que se pretende con este sistema de provisiones es que los gastos por siniestros no afecten contablemente a ejercicios en los que no ocurrieron los mismos ya que de lo contrario no se produciría una correcta periodificación contable de dichos gastos.

De acuerdo con lo previsto por el artº 171 de la Ley de Sociedades Anónimas la fecha límite para que los Administradores formulen las cuentas anuales es el 31 de marzo.

Los siniestros que deben constar en la provisión comentada son todos los ocurridos antes de la fecha de cierre del ejercicio (31 de diciembre) que hayan sido declarados hasta el 31 de enero del año siguiente y la valoración de la provisión debe incluir no solo el *importe* de la indemnización sino también los *gastos de carácter externo* necesarios para efectuar la liquidación (peritos, letrados, médicos, etc) y los

⁴²² Vid. al respecto: MAESTRO, J. L. “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. pp. 84 a 86.

intereses de demora (artº 20 de la Ley de Contrato de Seguro) y *otras penalizaciones* legalmente establecidas.

También deberá incluir la provisión, según dispone el artº 40.3 del Reglamento “*las participaciones en beneficios y extornos que se hayan asignado a tomadores, asegurados o beneficiarios y que se encuentren pendientes*” de pago. Tales conceptos que hasta su asignación se encuentran recogidos en la “provisión de participación en beneficios y para extornos”, anteriormente tratada, deben ser incorporados a la provisión de prestaciones una vez que han sido asignados a tomadores, asegurados o beneficiarios, ya que a partir de ese momento son prestaciones pendientes de pago.

Respecto a la fecha a partir de la cual (*31 de enero del año siguiente, o hasta treinta días antes de la formulación de las cuentas anuales, si esta fecha fuera anterior*) los siniestros declarados del ejercicio anterior ya no se imputan como pendientes de liquidación conviene hacer algún comentario, dada la diversidad de supuestos que plantea, alguno no exento de problemas.

En el Reglamento de Ordenación de 1985 dicha fecha era la del cierre de cuentas. La claridad del precepto tenía como contrapartida que su aplicación podría presentar cierto grado de dificultad cuando los siniestros fueran declarados a pocos días de la fecha de cierre ya que no habría tiempo material para proceder a la correcta valoración de los mismos, por lo cual el sistema venía necesitado de un plazo, inmediatamente anterior al cierre de cuentas, en el cual los siniestros declarados ya no tuvieran que ser incluidos en la provisión como pendientes de liquidación.

El régimen vigente contempla dicho plazo pero partiendo del 31 de enero como fecha límite a partir de la cual, cuando se cierra el ejercicio después de la misma, los siniestros del ejercicio anterior que puedan ser comunicados no se consideran como pendientes de liquidación pasando a formar parte de la provisión para prestaciones pendientes de declaración.

Así, además, se establece que si la fecha de formulación de las cuentas fuera anterior al 31 de enero los siniestros comunicados durante los treinta días anteriores a la fecha de cierre de cuentas no tendrán la consideración de siniestros pendientes de liquidación.

El sistema que comentamos plantea, al menos, dos situaciones en las que se ve perjudicado el criterio de imputar los siniestros a cada ejercicio por su coste real, del cual se deduce, a su vez, la necesidad y conveniencia de que los siniestros declarados después del 31 de diciembre, pero ocurridos antes de dicha fecha, sean imputados a la provisión como siniestros pendientes de liquidación, si aún no se ha efectuado el cierre contable del ejercicio, ya que se dispone de información suficiente (parte de siniestro, circunstancias del hecho, póliza afectada, etc.) como para darles el mismo tratamiento que si hubieran sido comunicados antes del 31 de diciembre.

Las dos situaciones a las que se ha hecho referencia son las siguientes:

Por un lado si la entidad agota el plazo para la formulación de cuentas (31 de marzo) los siniestros ocurridos antes de 31 de diciembre y declarados durante el mes de

febrero y el mes de marzo siguientes no se considerarán pendientes de liquidación sino que se integrarán en el cálculo global de la provisión de prestaciones pendientes de declaración. Ante tal situación parece excesivo el que siniestros declarados dos meses antes del cierre de cuentas no deban integrarse en la provisión como siniestros pendientes de liquidación. Si en muchos casos, incluso, habrá dado tiempo en dicho plazo a la total tramitación y pago de los mismos, con más razón se habrá podido disponer de su valoración exacta o de datos suficientes para su estimación e inclusión en la provisión de prestaciones pendientes de liquidación.

Por otro lado, el Reglamento establece que cuando la fecha de formulación de las cuentas sea anterior al 31 de enero, los siniestros ocurridos antes del 31 de diciembre pero que sean declarados durante los treinta días anteriores a dicha fecha de cierre de cuentas no tendrán la consideración de siniestros pendientes de liquidación a efectos de la provisión de prestaciones. Situación esta que nos lleva a otro supuesto extremo como es el de que si se cerrara el ejercicio contable el 1 de enero siguiente casi la totalidad de los siniestros comunicados durante el mes de diciembre no serían tomados en cuenta como pendientes de liquidación, lo cual supone el contrasentido de estimar como “pendientes de declaración” siniestros que han ocurrido y han sido comunicados antes del cierre del ejercicio económico. Además, esta solución contradice el “principio de registro” establecido en el Plan Contable sectorial según el cual “*los hechos económicos deben registrarse cuando nazcan los derechos y obligaciones que los mismos originen*”.

Quizás el tratamiento del tema podría haber sido diferente, estableciendo un plazo, no superior a treinta días, antes del cierre de cuentas, para que los siniestros declarados en el mismo no tuvieran la condición de pendientes de declaración, y exigiendo, en todo caso, que los siniestros declarados antes del 31 de diciembre sí tuvieran tal condición aunque parte de dicho plazo traspasara esta última fecha⁴²³.

Este último supuesto supondría, de hecho, que las entidades tendrían que dejar transcurrir un plazo razonable a partir del 31 de diciembre para poder efectuar el cierre de cuentas viéndose obligadas, en algún caso de extrema celeridad, a retrasar la realización del mismo, perjuicio este de importancia menor que debe ceder ante la posibilidad de que los principios contables obligatorios se cumplan en todos sus términos.

b. Cálculo de la provisión cuando la indemnización se abone en forma de renta

Establece el Reglamento en su artº 40.2 que “*cuando la indemnización haya de pagarse en forma de renta, la provisión a constituir se calculará conforme a las normas establecidas en este Reglamento para la provisión de seguros de vida*”.

Este supuesto está previsto para aquellos casos en que la indemnización, normalmente por decisión judicial, debe ser satisfecha en forma de renta. En tal caso la provisión debe ser equivalente al valor actual de cada uno de los términos de la renta y al depender el mismo de la edad del beneficiario, la provisión de prestaciones es

⁴²³ Así, MAESTRO, J. L. , en op. cit. p. 66, opina que: “A nuestro juicio, en el caso de que las cuentas del ejercicio se formulen antes del 31 de enero del siguiente (sic), y habida cuenta del plazo que otorga el Reglamento, la conciliación de la finalidad que este persigue con el respeto a los principios contables obligatorios se conseguiría incluyendo en la provisión los siniestros declarados hasta el cierre del ejercicio y considerando como pendientes de declaración los comunicados después de esa fecha”.

equivalente a una provisión matemática, razón por la cual se dispone que aquella sea calculada de acuerdo con los criterios establecidos para esta última.

Otra cosa es que en realidad la norma sea más o menos operativa ya que, salvo que se trate de entidades que también operen en el ramo de vida, por estar autorizadas con anterioridad a la Ley de Ordenación de 1984, lo normal será que la entidad afectada contrate una renta vitalicia con otra entidad que opere en dicho ramo, pues como regla general, por un lado, el escaso número de operaciones de este tipo que suelen presentarse en una entidad no vida hacen inviable poder obtener la adecuada garantía, incluso calculando la provisión de acuerdo con lo prevenido por el Reglamento, dado que un reducido número de operaciones no garantiza la necesaria compensación de riesgos, y por otro lado la complejidad de las exigencias técnicas establecidas en materia de tipos de interés y de tablas de mortalidad para el cálculo de las provisiones matemáticas requieren de un grado de especialización que no suele darse en una entidad dedicada exclusivamente a los seguros no vida.

D. La provisión de siniestros pendientes de declaración

a.. Concepto

De conformidad con lo previsto por el artº 40.1 del Reglamento “*la provisión de siniestros pendientes de declaración deberá recoger el importe estimado de los siniestros ocurridos antes del cierre del ejercicio y no incluidos en la provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago*”.

Esta provisión fue exigida por primera vez por la legislación anterior (artº 24.1 de la Ley de Ordenación de 1984 y artº 59 del Reglamento de 1985). Se trata de lo que internacionalmente es conocido como reservas IBNR, acrónimo del término inglés *incurred but not reported* (“ocurrido pero no comunicado”).

Dado que a 31 de diciembre las cuentas deben de reflejar el coste más exacto posible de los siniestros ocurridos hasta esa fecha, el esquema contable que trata de conseguir tal objetivo, y que implica no solo imputar al ejercicio los siniestros pagados en el mismo, sino además provisionar los pendientes de pago (por su valor cierto) y los pendientes de liquidación (por su valor estimado, bien de forma individual o por métodos estadísticos), debe ser completado incorporando el valor de aquellos siniestros ocurridos antes del 31 de diciembre que habitualmente son comunicados después del cierre de cuentas.

b. Método de cálculo

Mientras que la *provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago* debe ser calculada individualmente por el coste cierto de los siniestros solo pendientes de pago, y de forma individual o por métodos estadísticos y por el coste estimado de los siniestros pendientes de liquidación, la *provisión de siniestros pendientes de declaración* debe ser en todo caso valorada por el coste estimado de estos y siempre por métodos estadísticos.

A tales efectos el artº 40.2 del Reglamento dispone como *criterio general* que las entidades aplicarán sus propios métodos estadísticos que, como es lógico, deberán basarse en la experiencia de las mismas.

No obstante el precepto reglamentario establece dos *criterios excepcionales*:

1º. En primer lugar el de que *únicamente en el caso de que la entidad no disponga de métodos estadísticos para el cálculo de la provisión o los disponibles no sean adecuados*”, deberá aplicarse el método establecido por el propio Reglamento basado en el *producto del número de siniestros pendientes de declaración por el coste medio de los mismos*⁴²⁴, todo ello referido a los tres ejercicios económicos anteriores al que se cierra.

En este caso exige el Reglamento que en el cálculo del coste medio se tengan en cuenta no solo el importe de las indemnizaciones sino también los gastos de liquidación, tanto internos como externos, enumerados en el artº 39.1, segundo párrafo, a los cuales se hizo mención anteriormente.

También a estos efectos aclara el reglamento que *“los datos relativos a número y coste medio de los siniestros pendientes de declaración de ejercicios anteriores serán los conocidos por la entidad a la fecha de cálculo de la provisión”*.

Quiere esto decir que el número y coste medio de los siniestros pendientes de declaración imputados a cada ejercicio económico deben ser corregidos a la vista de la experiencia posterior.

2º. El segundo criterio de excepción dispuesto por el Reglamento, en su artº 40.3, consiste en fijar unos porcentajes fijos para dotar la provisión *cuando la entidad carezca de la necesaria experiencia*. A tales efectos se dispone que en tal caso se *“dotará esta provisión aplicando un porcentaje del 5 por 100 a la provisión de prestaciones*

⁴²⁴ El método del Reglamento es el siguiente:

a) El número de siniestros pendientes de declaración N se calculará mediante la igualdad

$$N_t = \frac{N_{t-1} + N_{t-2} + N_{t-3}}{P_{t-1} + P_{t-2} + P_{t-3}} \times P_t$$

siendo t el ejercicio que se cierra; $t-1$, $t-2$ y $t-3$ los tres ejercicios inmediatamente anteriores y P las primas devengadas.

b) El coste medio C de los siniestros pendientes de declaración se determinará mediante la igualdad

$$C_t = \frac{C_{t-1} + C_{t-2} + C_{t-3}}{Q_{t-1} + Q_{t-2} + Q_{t-3}} \times Q_t$$

donde t , $t-1$, $t-2$ y $t-3$ tienen el mismo sentido que en el párrafo a) anterior y donde Q es el coste medio de los siniestros ya declarados.

pendientes de liquidación o pago del seguro directo. El porcentaje se elevará al 10 por 100 para el coaseguro y el reaseguro aceptado”.

Respecto a lo anterior conviene señalar que la “carencia” de la necesaria experiencia debe ser interpretada como la falta de años suficientes de actividad en un ramo o modalidad que impiden tener la información necesaria para el cálculo de la provisión. No debe incluirse en el concepto la ausencia de dicha información a consecuencia de circunstancias atribuibles a la entidad, como sería el caso de una mala organización contable y de gestión, lo cual viene corroborado por el hecho de que el artº 94.1 del Reglamento incluya en las infracciones graves “*la situación imputable a la entidad*” que obligue a calcular la provisión de siniestros pendientes de declaración por el procedimiento previsto en el artº 40 .3 del Reglamento.

E. La provisión de gastos internos de liquidación de siniestros

a- Concepto

Según se vio anteriormente, el artº 39 el Reglamento obliga a que en la provisión técnica de prestaciones se incluyan no solo el valor de la indemnización sino también el importe de los gastos externos e internos necesarios para tramitar los siniestros. Los gastos externos, como se comentó, se incorporan a la provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago mientras que los gastos internos (amortizaciones, personal, etc.) deben integrar la provisión que ahora se comenta, de acuerdo con lo establecido por el artº 42 del Reglamento.

De acuerdo con dicho precepto esta provisión “*deberá dotarse por el importe suficiente para afrontar los gastos internos de la entidad necesarios para la total finalización de los siniestros que han de incluirse en la provisión de prestaciones tanto del seguro directo como del reaseguro aceptado*”.

b. Método de cálculo

Dispone el indicado precepto reglamentario que para la cuantificar la provisión “*se tendrá en cuenta la relación existente, de acuerdo con los datos de la entidad, entre los gastos internos imputables a las prestaciones y el importe de éstas, considerando la reclasificación de gastos por destino establecida en el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras*”.

Utiliza el Reglamento un método de cálculo global debido a la dificultad que entrañaría realizar el cálculo de gastos internos especificando los que corresponden por separado a cada uno de los siniestros pendientes. Ello es debido a que tales gastos internos están relacionados con todos los siniestros que hayan estado en tramitación durante el ejercicio, y entre ellos se encuentran, a 31 de diciembre, siniestros que ya han sido pagados y siniestros que se encuentran pendientes de pago o de liquidación, y respecto de los cuales el tiempo de tramitación será distinto en cada caso, todo lo cual hace muy difícil poder llegar a una correcta imputación individual de los gastos internos que corresponden a cada siniestro.

El método seguido por el Reglamento, que utiliza los datos de que disponga la entidad, consiste en establecer la relación que exista entre el importe de los *gastos internos imputables a prestaciones* y el de las *prestaciones pagadas* en el ejercicio. El resultado de dicha relación debe aplicarse a la suma de la *provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago* y de la *provisión de siniestros pendientes de declaración*.

También dispone el Reglamento que los gastos internos imputables a prestaciones se tendrán en cuenta considerando la *reclasificación de gastos por destino* que establece el Plan de Contabilidad de las entidades Aseguradoras en su Grupo 8 el cual está destinado a reflejar algunos gastos que habiendo sido clasificados inicialmente “por naturaleza” en la cuentas del Grupo 6 (prestaciones y gastos) necesitan ser reclasificados por destino al no coincidir este con la “naturaleza” de tales gastos. A este respecto el Plan aclara que “*los gastos imputables a las prestaciones incluyen fundamentalmente:*

- *los gastos de personal dedicado a la gestión de siniestros y*
- *las amortizaciones del inmovilizado afectado a esta actividad,*
- *las comisiones pagadas por razón de gestión de siniestros,*
- *los gastos incurridos por servicios necesarios para su tramitación”.*

El plan también especifica que las *cuentas* a considerar a tales efectos, siempre por conceptos *imputables a prestaciones*, son las de:

- *Comisiones y otros gastos*
- *Servicios exteriores*
- *Tributos*
- *Gastos de personal y*
- *Dotaciones para amortizaciones*

Aunque el Plan de contabilidad no distingue los gastos internos de los externos, de lo expuesto es fácil deducir que los gastos internos son los de personal afecto a la gestión de los siniestros y las amortizaciones del inmovilizado afectado a dicha actividad.

Por último conviene señalar que un sector de la doctrina ha criticado el fundamento técnico de esta provisión por considerar que los gastos internos a los que se refiere la provisión son gastos que corresponden a los costes inherentes al tráfico habitual de la entidad para el cumplimiento de su objeto social y los mismos, desde un punto de vista de “empresa en funcionamiento” (bajo el cual se elaboran todos los estados contables), no deberían formar parte de una provisión que por su propia naturaleza esta referida a algún tipo de eventualidad o riesgo futuro previsible. Otra cosa sería bajo la perspectiva de entidad en liquidación, en cuyo caso la constitución de la provisión constituirá una garantía de futuro al sustraer su importe a una posible distribución de beneficios y obligar a su cobertura en bienes de activo suficientes⁴²⁵.

F. Provisión de prestaciones en riesgos de manifestación diferida

⁴²⁵ MAESTRO, J. L. “Garantías técnico-financieras...”. Op. cit. pp. 77 y 78.

a. Concepto

El artº 43 del Reglamento establece que en determinados riesgos del Ramo de Responsabilidad Civil y “*en cualesquiera otros riesgos*” en los que se produzca “*una manifestación de los siniestros con posterioridad al término del período de cobertura*”, la provisión de prestaciones estará integrada por:

- *La provisión de prestaciones pendientes de liquidación o pago*, referida en el artículo 40 del Reglamento.

- *La provisión de siniestros pendientes de declaración, regulada en el artº 41 del Reglamento, correspondiente a los siniestros no incluidos en el apartado anterior, con las especialidades que más adelante comentaremos.*

- *La provisión de gastos internos de liquidación de siniestros* a que se refiere el artículo 42 del Reglamento.

Los riesgos de responsabilidad civil que el Reglamento estima como susceptibles de que se puedan producir siniestros de manifestación diferida, posterior a la finalización del periodo de cobertura de los contratos, son los relacionados con la *responsabilidad civil derivada*:

- del ejercicio de una actividad profesional o empresarial;
- de la producción, comercialización y venta de productos o servicios;
- de la actuación de las Administraciones públicas;
- de los daños producidos al medio ambiente;
- de la actuación de administradores, directores y altos cargos y
- decenal de la construcción.

b. Método de cálculo

Realmente no existe, en general, ninguna diferencia entre estas provisiones de prestaciones y las establecidas para el resto de los ramos del seguro, salvo la especialidad establecida para la provisión de *siniestros pendientes de declaración*, respecto de la cual el artº 43.b) del Reglamento dispone que “*salvo que el importe estimado según lo establecido en el artículo 41 [del Reglamento] resultare superior, esta provisión se constituirá por un importe igual a la fracción de la prima de riesgo que, de acuerdo con la experiencia de la entidad o la general del mercado, si fuera más fiable, se corresponda en cada momento con el porcentaje de la siniestralidad que se estime pendiente de manifestación o de declaración*”.

El Reglamento establece, en principio, un sistema específico para calcular la provisión de siniestros pendientes de declaración en este tipo de riesgos basado en la prima de riesgo, ya que se parte del principio de que la siniestralidad es equivalente a las primas de riesgo, si estas cumplen con los principios de suficiencia y equidad. Por ello la provisión equivaldrá a la parte de la prima de riesgo que se corresponda con el porcentaje de la siniestralidad que se considere como pendiente de manifestación o

declaración. El sistema obliga a que la entidad deba disponer de estadísticas derivadas de la propia experiencia o de la del sector.

No obstante el método descrito no será aplicable cuando el método general previsto en el artº 41 del Reglamento genere una cantidad superior, con lo cual se obliga a realizar los cálculos con los dos métodos para aplicar aquel del que se deduzca una cuantía mayor.

2.4.7. La provisión de estabilización

A. Concepto y fundamento

Mientras que el resto de las provisiones técnicas tienen carácter anual, se constituyen en su totalidad todos los años y se anulan contablemente las del ejercicio anterior, la provisión de estabilización tiene carácter acumulativo, al igual que ocurre con la provisión del seguro de decesos prevista en la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento y con la provisión de desviaciones en las operaciones de capitalización con sorteo.

Generalmente los estudios matemático-estadísticos conducen a determinar el importe de las primas puras o de riesgo que representan el valor medio de la siniestralidad esperada de un ramo o modalidad y deben ser suficientes para pagar dicha siniestralidad, sin que sea necesario disponer de otros recursos económicos adicionales para hacer frente a la misma.

A tales efectos conviene indicar que por siniestralidad de un ejercicio económico debe entenderse la suma de las prestaciones pagadas en el ejercicio, los gastos imputables a las mismas y las provisiones de prestaciones, deducidas la provisiones de prestaciones del ejercicio anterior.

No obstante la eficiencia técnica de las primas de riesgo, la siniestralidad en sí misma es, de hecho, una variable estadística que puede fluctuar en torno al valor medio que aquellas representan pudiendo superarlo, supuesto que puede ponerse de manifiesto en determinado tipo de riesgos y ante el cual, si no se adoptaran medidas, la entidad podría encontrarse en situación de insolvencia ya que las primas cobradas, que solo garantizan el pago de la siniestralidad media ordinaria que representan, serían insuficientes para hacer frente al exceso de siniestralidad cuando este se produjera.

Por ello, cuando en determinado tipo de riesgos se estima que puede producirse tal eventualidad, se establece un recargo externo a la prima de riesgo, denominado “recargo de seguridad”, que se destina íntegramente a constituir la provisión de estabilización, la cual va incrementándose año tras año de manera acumulativa hasta alcanzar el límite que señale la normativa aplicable, o las bases técnicas del ramo o modalidad cuando tal provisión haya sido adoptada libremente por la entidad por considerarla técnicamente necesaria.

De esta manera cuando se produzca el exceso de siniestralidad, por encima de la ordinaria esperada, tal exceso será atendido con cargo a la provisión de estabilización

no afectando a las primas de riesgo que garantizan únicamente la siniestralidad ordinaria.

Por todo ello el artº 45.1 del Reglamento establece que *“la provisión de estabilización, que tendrá carácter acumulativo, tiene como finalidad alcanzar la estabilidad técnica de cada ramo o riesgo. Se calculará y dotará en aquellos riesgos que por su carácter especial, nivel de incertidumbre o falta de experiencia así lo requieran, y se integrará por el importe necesario para hacer frente a las desviaciones aleatorias desfavorables de la siniestralidad”*.

B. Ramos en los que es obligatoria la constitución de la provisión de estabilización

El artº 45.2 del Reglamento de Ordenación establece que Las entidades aseguradoras deberán constituir provisión de estabilización al menos en los siguientes riesgos:

- *Responsabilidad civil derivada de riesgos nucleares*
- *Riesgos incluidos en los Planes de Seguros Agrarios Combinados*
- *Seguro de crédito*
- *Seguros de responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles, responsabilidad civil profesional, responsabilidad civil de productos, seguros de daños a la construcción, multirriesgos industriales, seguro de caución, seguros de riesgos medio-ambientales y cobertura de riesgos catastróficos*

En el indicado precepto del Reglamento se establecen los límites que deberá alcanzar la provisión en cada uno de los ramos y modalidades anteriormente indicados.

C. Dotación de la provisión

El artº 45.3 del Reglamento dispone al respecto que *“la provisión deberá dotarse en cada ejercicio por el importe del recargo de seguridad incluido en las primas devengadas, con el límite mínimo previsto en las bases técnicas”*. También el artº 77.1.c) de dicha norma dispone que el recargo de seguridad *“se destinará a cubrir las desviaciones aleatorias desfavorables de la siniestralidad esperada, y deberá calcularse sobre la prima pura”*. Que el recargo se calcule sobre la prima pura o de riesgo es consecuencia obligada de que el mismo trata de garantizar las desviaciones de la siniestralidad que se produzcan por encima del valor medio de esta última la cual está representada por el importe de las primas puras.

Así mismo el precepto indicado establece que el recargo de seguridad *“se determinará, de acuerdo con las características de la información estadística utilizada, atendiendo al tipo, composición y tamaño de la cartera, al patrimonio propio no comprometido y al volumen de cesiones al reaseguro, así como al período que se haya considerado para el planteamiento de la solvencia, que no podrá ser inferior a tres*

años, debiendo especificarse la probabilidad de insolvencia que, en relación con dicho período, se haya tenido en cuenta”.

El párrafo anterior hace referencia a las principales magnitudes que influyen en la estabilidad técnica y económica de la empresa aseguradora. Es evidente que a mayor patrimonio propio no comprometido también aumenta la posibilidad de poder atender los excesos de siniestralidad que puedan producirse y viceversa. También a mayor volumen de cesión de riesgos al reaseguro menor es, de hecho, el importe de la siniestralidad que debe atender la entidad. Por ello la fijación del recargo de seguridad debe tener en cuenta la realidad económica de tales magnitudes, y la cuantía de aquel deberá ser menor si aquellas crecen y mayor si las mismas disminuyen.

Pero, además, la provisión de estabilización es, junto con el margen de solvencia, un instrumento para garantizar la solvencia dinámica de la empresa aseguradora, tema este del que nos ocuparemos más adelante. Por ello el precepto contempla, así mismo, que el planteamiento de la solvencia deba realizarse contemplando un horizonte temporal que no puede ser inferior a tres años.

Conviene indicar que el criterio técnico establecido por el Reglamento para la determinación del recargo de seguridad queda alterado para los ramos en los que se establece la obligatoriedad de constituir la provisión, ya que el propio Reglamento en el artº 45.3, segundo inciso, dispone que *“salvo en el seguro de crédito (...) el límite mínimo no podrá ser inferior al 2 por 100 de la prima comercial.*

La razón de este proceder debe encontrarse en que el Reglamento ha querido dejar claro cual es el importe mínimo del recargo en estos casos, de manera separada a las previsiones de las bases técnicas, con el fin de garantizar en el Impuesto de Sociedades la deducibilidad fiscal de la provisión, ya que de otra manera el establecimiento del mínimo, que es el que admite como gasto deducible la Ley reguladora del impuesto, hubiera quedado al criterio del propio sujeto pasivo introduciendo cierto grado de incertidumbre.

En el caso del seguro de crédito, la dotación mínima se realizará por el 75 por 100 del resultado técnico positivo del ramo, entendiendo por tal la diferencia entre los ingresos y gastos técnicos, tal y como se establece en el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras.

D. Aplicación de la provisión

Cuando se produzca el exceso de siniestralidad, la provisión deberá destinarse al fin para el que fue constituida mediante la aplicación de la misma a compensar el exceso referido, debiendo imputarse por ramos o riesgos sin que resulte posible compensar los resultados de unos con otros.

Por ello el Reglamento, en el artº 45.5, exige que *“la provisión deberá aplicarse a compensar el exceso de siniestralidad que se produzca en el ejercicio sobre las primas de riesgo de propia retención que correspondan al ejercicio en el ramo o riesgo de que se trate”* y que *“la dotación y aplicación de la provisión de estabilización se realizará por ramos o riesgos, sin que sea admisible la compensación entre los mismos”.*

Como antes se indicó por siniestralidad de un ejercicio económico debe entenderse la suma de las prestaciones pagadas en el ejercicio, los gastos imputables a las mismas y las provisiones de prestaciones de dicho ejercicio, deducidas las provisiones de prestaciones del ejercicio anterior.

Las primas de riesgo “de propia retención” incluyen las de seguro directo y las de reaseguro aceptado, deducidas las correspondientes al reaseguro cedido y retrocedido, según establece el artº 45.4 del propio Reglamento.

El procedimiento a aplicar consistirá en determinar en primer lugar la “siniestralidad” para compararla con las “primas de riesgo de propia retención”, también periodificadas por coherencia con la periodificación de las prestaciones que se encuentra recogida en el concepto de “siniestralidad”. Si la siniestralidad supera las primas de riesgo, se procederá a dotar la provisión para después aplicar el importe de esta al exceso de siniestralidad que la misma debe compensar.

2.4.8. La provisión del seguro de decesos

A. Régimen general

Lo mismo que sucede en el seguro de vida, esta provisión no es la única aplicable al seguro de decesos, en el que también habrá que considerar las provisiones de primas no consumidas, las de riesgos en curso cuando procedan, y las de prestaciones pendientes. Se trata de una provisión específicamente prevista para el seguro de decesos que, además, constituye una novedad en el tratamiento técnico y jurídico de este ramo.

A tales efectos el artº 46 del Reglamento dispone que *“las entidades que operen en el ramo de decesos constituirán la provisión del seguro de decesos atendiendo al planteamiento actuarial de la operación, si bien el tipo de interés técnico a utilizar será, en todo caso, el que se determina en el apartado 1 del artículo 33 de este Reglamento”*.

La necesidad de que la provisión se constituya teniendo en cuenta el “planteamiento actuarial de la operación” conduce a la aplicación de “técnica análoga” a la del seguro de vida, lo cual viene exigido por el artº 79 del texto reglamentario que, al establecer las peculiaridades de las bases técnicas de los seguros de decesos, dispone que estas últimas *“deberán reflejar las modificaciones en la cobertura del asegurador ante evoluciones del coste del servicio”* y que *“teniendo en cuenta lo anterior, se utilizará, en la determinación de la prima y de la provisión del seguro de decesos, técnica análoga a la del seguro de vida, pudiéndose aplicar los principios de la capitalización colectiva”*.

Desde un punto de vista estrictamente técnico el seguro de decesos es un seguro de vida ya que garantiza el riesgo de fallecimiento, si bien en lugar de otorgar la prestación en forma de capital o de renta la concede en forma de pago de los servicios necesarios para el enterramiento del asegurado, lo cual le concede al propio tiempo su carácter de seguro de prestación de servicios.

No obstante, los preceptos antes referidos no establecen una asimilación total al seguro de vida, aunque esta pudiera ser técnicamente posible.

Así, se obliga a que el tipo de interés aplicado a la provisión sea el general previsto para el ramo de vida por el artº 33.1 del Reglamento, sin que puedan utilizarse el sistema admitido por el artº 33.2 del mismo en función de la tasa interna de rentabilidad obtenida a las inversiones asignadas a determinadas operaciones de seguro de vida; también se permite aplicar un método de capitalización colectiva, mientras que en el seguro de vida se exige que la provisión matemática se calcule utilizando un sistema de capitalización individual; y, el cálculo de la provisión no podrá hacerse utilizando un método prospectivo, dado que la amplitud del servicio y el coste del mismo pueden variar con el paso del tiempo y no pueden ser determinados “a priori”.

B) Régimen transitorio

Con la finalidad de escalonar el esfuerzo financiero que las entidades deberían haber realizado al poner en aplicación la nueva provisión técnica de decesos para las carteras de pólizas existentes a la entrada en vigor del Reglamento, la Disposición Transitoria Tercera de este último establece un régimen transitorio para la constitución de dicha reserva, que tiene carácter acumulativo y una técnica similar a la de la provisión de estabilización.

A tales efectos, la indicada Disposición Transitoria dispone, en su nº 1, que lo dispuesto en el artº 79 del Reglamento acerca de las bases técnicas del seguro de decesos “*será de aplicación a las nuevas incorporaciones, y a las renovaciones de pólizas cuando el asegurador pueda oponerse a la prórroga del contrato*”.

Lo anterior no constituye tanto un mandato de carácter transitorio como la aplicación de lo exigido por el indicado artº 79 con carácter general, solo que para una parte de las operaciones garantizadas por las entidades a partir de la vigencia de la norma reglamentaria: las nuevas incorporaciones y las renovaciones de pólizas cuando el asegurador pueda oponerse a la prórroga del contrato; mientras que al resto de operaciones, la cartera de pólizas ya existentes, se les aplica el auténtico régimen transitorio reglamentado por la norma. Por ello cabe considerar que la ubicación del precepto en una norma de derecho transitorio no es la correcta en técnica legislativa.

La expresión “nuevas incorporaciones” debe entenderse referida a nuevas pólizas, a nueva producción, sin abarcar el concepto la inclusión de nuevos asegurados en pólizas ya preexistentes, como es el caso, típico en el seguro de enterramientos, en que se incluyen automáticamente los nuevos nacidos en el seno de una familia los cuales, en frecuentes ocasiones, se encuentran asegurados durante un mes aunque no se haya formalizado el seguro.

Tal situación, en opinión de un sector de la doctrina⁴²⁶, no debe calificarse de “nueva incorporación” toda vez que cabe interpretar que nos encontramos ante el supuesto previsto por el artº 7 de la Ley de Contrato de Seguro en que se admite la existencia de un tercer asegurado “determinable por el procedimiento que las partes acuerden.” Aboga también a favor de dicha interpretación el hecho de que, según

⁴²⁶ MAESTRO, J.L. “Garantías técnico financieras...”. Op. cit. 226 y 227.

veremos, el régimen transitorio se aplica a “ las carteras de pólizas ya existentes”, terminología que cabe ser interpretada en su sentido literal referido a “pólizas” y no a “asegurados”, con lo cual dicho régimen es aplicable a la totalidad de la cartera de pólizas preexistentes, con independencia de que en ellas pueda producirse la entrada de un nuevo asegurado en aplicación de las condiciones previamente pactadas en el contrato de seguro.

En cuanto a la situación de “renovación de pólizas cuando el asegurador pueda oponerse a la prórroga del contrato”, a la que no se aplicará la provisión prevista en el régimen transitorio, se trata de la posibilidad de prórroga por la tácita prevista en el artº 22, párrafo segundo, de la Ley de Contrato de Seguro según el cual ambas partes contratantes “pueden oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión del periodo del seguro en curso”.

El nº 2 de la comentada Disposición Transitoria Tercera, regula el régimen transitorio de la provisión del seguro de decesos, al establecer que “*para las carteras de pólizas existentes a la entrada en vigor del (...) Reglamento, cuyas bases técnicas no sean conformes con lo establecido en el mismo*”, la citada provisión deberá constituirse en los siguientes términos:

- Se destinará a la misma anualmente un importe equivalente al 7,5 por 100 de las primas devengadas imputables a esta cartera de pólizas referida.

La referencia a las “primas devengadas” debe entenderse hecha a primas comerciales, de acuerdo con lo establecido por el Plan de Contabilidad Sectorial. Se trata de un esquema similar al utilizado para la provisión de estabilización.

- La provisión tendrá carácter acumulativo y se constituirá hasta que alcance un importe igual al 150 por 100 de las primas devengadas en el último ejercicio cerrado correspondientes a la cartera referida.

- Dicha provisión deberá destinarse a compensar la siniestralidad que exceda de las primas de riesgo imputables al ejercicio, correspondientes ambas a la cartera en cuestión.

De lo expuesto se deduce que el sistema transitorio de la provisión del seguro de decesos tiene un tratamiento muy cercano al establecido para la provisión de estabilización.

El nº 3 de la comentada Disposición Transitoria previene, además, que las entidades que antes de la entrada en vigor del Reglamento hubiesen constituido *provisión de envejecimiento o provisión de desviación de la siniestralidad o de estabilización* referidas al ramo de decesos integrarán su importe en la nueva provisión. Con ello dichas entidades estarán en disposición de alcanzar antes los límites legalmente requeridas para la nueva provisión.

2.4.9. La provisión del seguro de enfermedad

A. La provisión específica prevista por el Reglamento

Al igual que ocurre con la provisión del seguro de vida y con la del seguro de decesos, no es esta la única provisión técnica que deberá constituirse en este ramo ya que también habrá que tener en consideración las provisiones de primas no consumidas, las de riesgos en curso y las de prestaciones pendientes, según proceda, con arreglo a los requerimientos exigidos por la normativa aplicable.

Lo que el Reglamento califica como “provisión del seguro de enfermedad” es una provisión específicamente creada para dicho ramo, que habrá de ser constituida cuando concurren las situaciones previstas por aquel.

Antes de continuar conviene hacer referencia a los caracteres especiales que concurren en las bases técnicas del seguro de enfermedad, que son la premisa para que pueda resultar de aplicación la indicada provisión técnica.

El artº 80 del Reglamento de Ordenación al establecer la peculiaridades de las bases técnicas de los seguros de enfermedad dispone que *“las entidades aseguradoras que operen en el ramo de enfermedad [incluida la cobertura de los riesgos de asistencia sanitaria] podrán utilizar tablas de morbilidad que definan el riesgo en función del sexo y de la edad”*. En tal caso, exige dicho precepto que las entidades *“deberán utilizar, en la determinación de la prima, técnica análoga a la del seguro de vida, pudiéndose aplicar los principios de la capitalización colectiva”*.

El Reglamento no impone la utilización de las referidas tablas de morbilidad sino que deja a las entidades en libertad de utilizarlas o no. Lo que sí obliga es a que si se utilizan tales tablas se calcule la provisión técnica prevista por su artº 47. De no utilizarse las indicadas tablas de morbilidad las provisiones técnicas a constituir serían las generales derivadas de la necesaria periodificación de las primas y los siniestros.

Cuando se utilicen dichas tablas, que definan el riesgo en función del sexo y de la edad, la probabilidad de la ocurrencia del siniestro debe ser calculada siguiendo la técnica que el seguro de vida utiliza para determinar dicha probabilidad basándose en las tablas de mortalidad. Tales cálculos servirán para establecer el importe de la prima correspondiente y la provisión técnica que corresponda como diferencia de los valores actuales de las obligaciones del asegurador y del tomador del seguro, aunque, en lo que a este caso se refiere, se permite utilizar los métodos de la capitalización colectiva, mientras que en el seguro de vida debe utilizarse únicamente el de capitalización individual.

Así, en orden a lo indicado, el artº 47 del Reglamento dispone que *“cuando en el seguro de enfermedad, incluidas las coberturas de asistencia sanitaria, se utilicen bases técnicas formuladas conforme a lo dispuesto en el artículo 80, esta provisión, que deberá representar el valor de las obligaciones del asegurador por razón de tales seguros a la fecha de cierre del ejercicio neto de las del tomador, se calculará utilizando técnica análoga a la del seguro de vida”*.

Conviene señalar que la constitución de dicha provisión, dado que supone un refuerzo en la solvencia de la entidad, es una de las circunstancias tenidas en cuenta por el artº 61.5 del Reglamento para rebajar en dos tercios los porcentajes generales aplicables a las primas y a los siniestros para obtener la cuantía mínima del margen de solvencia exigible a las entidades aseguradoras al que en su momento haremos referencia.

B. La provisión para anticipo de talones

Esta provisión era propia del seguro de asistencia sanitaria (incluido en el ramo de enfermedad por la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación) y se constituía por la diferencia del importe de los talones adquiridos por los asegurados y los recuperados por la entidad al hacerse uso de ellos para la prestación del servicio médico. Venía exigida por el apartado tercero de la Orden Ministerial de 8 de abril de 1969⁴²⁷ que reguló la actividad de las entidades dedicadas a este tipo de seguro.

Dicha Orden fue derogada por el Reglamento de Ordenación de 1985, con excepción de sus apartados tercero y sexto que declaró expresamente vigentes, el primero de los cuales se refería a la materia que comentamos con la consiguiente obligación de constituir la indicada provisión, que también estaba prevista por el Plan Contable de Seguros de 1981 dentro de la partida “otras provisiones técnicas, no vida”. Dado que ambos apartados de la Orden indicada fueron expresamente derogados por la Ley de Ordenación de 1995 actualmente no resulta obligada la constitución de esta provisión técnica, la cual tampoco figura en la relación de provisiones técnicas del artº 16.1 de la Ley de Ordenación ni en la del artº 29.2 de su Reglamento, así como tampoco en el Plan de Contabilidad sectorial de 1997.

2.4.10. Provisión de desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo

Esta provisión surge como consecuencia de las características propias de las operaciones de capitalización cuando estas incluyen la posibilidad de amortización anticipada de los títulos mediante sorteo, debiendo devolverse el capital pactado antes de que haya transcurrido el tiempo inicialmente previsto para su constitución.

En estas operaciones el suscriptor de un título de capitalización abona dos tipos de cuotas: la destinada a la constitución de capitales y el recargo previsto para cubrir el riesgo de sorteo, el cual está actuarialmente representado por la esperanza matemática del premio, o lo que es igual por el producto entre el capital a percibir y la probabilidad de que resulte premiado el título. Con este último recargo se constituye la provisión que ahora tratamos con cargo a la cual se devolverán los capitales de los títulos que resulten

⁴²⁷El apartado Tercero de dicha Orden Ministerial (de Presidencia del Gobierno) establece que: “Las bases técnicas de la tarifas de primas para los casos en los que el contratante concierte el seguro con participación en el coste de los servicios que se utilicen, así como cuando el asegurado tenga facultad de libre elección de Médico, reflejarán debidamente desglosados estos conceptos. El importe de la participación del asegurado en cada acto médico no excederá de 50 y 20 pesetas, según que tenga o no facultad de libre elección de Médico, respectivamente.

Cuando el asegurado participe en el coste de los servicios que utilice, la Entidad aseguradora le entregará los talonarios que solicite, previo pago de su importe. Cada talonario no podrá contener más de cinco talones. Los talones tendrán numeración correlativa y la entidad aseguradora llevará la oportuna contabilidad de los mismos, constituyendo una reserva titulada “Reserva de anticipo de talones” cuyo importe en efectivo figurará en el Activo con independencia de cualquier otra partida”.

amortizados anticipadamente. Tiene carácter acumulativo y cumple una función similar a la de la provisión de estabilización.

La provisión ahora comentada viene regulada por el artº 48 del Reglamento el cual dispone que la misma *“tendrá carácter acumulativo, se constituirá para hacer frente a las desviaciones que tengan su origen en los sorteos con que se relacionen los sistemas de premios o amortización anticipada que adopten las entidades, y se integrará por la parte de las cuotas destinada a atender dichas desviaciones que no haya sido consumida durante el ejercicio. Las desviaciones que eventualmente se produzcan entre la amortización real y la prevista en las respectivas bases de cálculo se afectarán a esta provisión, sin que su importe pueda ser negativo”*.

2.5. Cobertura de provisiones técnicas

2.5.1. Introducción

Cobertura de provisiones técnicas es concepto sinónimo de inversión de las mismas. De poco serviría la exigencia legal de calcular y contabilizar correctamente dichas provisiones en el pasivo del balance si no fuera acompañada tal exigencia de la obligación de invertir adecuadamente dichas provisiones de manera que su valor equivalente se vea reflejado en bienes suficientes expresados en el activo del balance. Las obligaciones reconocidas en las provisiones técnicas solo estarán realmente garantizadas si dichos bienes son capaces de proporcionar la suficiente liquidez para hacer frente a tales obligaciones.

En general la necesidad de que existan bienes de activo suficientes para atender las obligaciones contraídas es principio y norma general de funcionamiento en el ámbito mercantil, ya que en caso contrario podría producirse la situación de insolvencia y llegarse al estado de quiebra o, en el mejor de los casos, el de suspensión de pagos si a pesar de haber bienes suficientes estos son de difícil realización y no proporcionan la liquidez necesaria para atender las obligaciones a su vencimiento.

Pero dicha necesidad es todavía más evidente cuando se trata de entidades de seguros ya que estas cobran las primas por adelantado, asumiendo un riesgo que no se sabe si ocurrirá o no, y quedando el asegurado en la confianza y buena fe de que si tal evento se produce la entidad estará en condiciones de cumplir la promesa que suscribió al formalizar el contrato y podrá percibir la indemnización que le corresponda.

Por ello la exigencia de una adecuada inversión de las provisiones técnicas ha sido una constante en la legislación específica del sector desde la Ley de 1908 (artº. 17, parr. segundo y artº. 19), la de 1954 (artº. 21), y la de 1984 (artº. 24.2).

La vigente Ley de Ordenación, en su artº16.1 dispone que las provisiones técnicas *“deberán estar adecuadamente (...) invertidas en activos aptos para su cobertura”*; establece así mismo en su artº 16.3 que *“los activos representativos de las provisiones técnicas deberán tener en cuenta el tipo de operaciones efectuadas por la entidad aseguradora a fin de garantizar la seguridad, el rendimiento y la liquidez de las inversiones de la entidad, con una adecuada distribución diversificada de dichas inversiones”*, y prevé en el artº 16.5, que *“reglamentariamente se determinarán los*

activos aptos para la cobertura de las provisiones técnicas, los porcentajes máximos de las mismas que puedan estar invertidos en cada tipo de estos activos, las demás condiciones que deban reunir dichas inversiones, así como los criterios de valoración de las mismas y las normas y límites para el cumplimiento del principio de congruencia monetaria”.

Así pues, la Ley vigente impone claramente la obligación de invertir las provisiones técnicas, dispone la necesidad de que dicha inversión se haga en activos considerados aptos a tales fines y establece los principios fundamentales que deben inspirar la inversión de tales provisiones.

2.5.2. Principios de inversión

Según se indicó anteriormente la Ley establece en su artº 16.3 los principios fundamentales a los que ha de atenerse la inversión de las provisiones técnicas. Por su parte el artº 49.1 del Reglamento de Ordenación dispone que las provisiones técnicas, y los fondos derivados de operaciones preparatorias o complementarias a las de seguro recogidas en el artículo 3.3 de la Ley de ordenación, se invertirán en los activos a que se refiere el propio Reglamento *“con arreglo a los principios de congruencia, rentabilidad, seguridad, liquidez, dispersión y diversificación, teniendo en cuenta el tipo de operaciones realizadas, así como las obligaciones asumidas por la entidad”.*

El principio de *congruencia* se refiere a la expresión monetaria de la inversión y exige que los activos estén representados en la misma moneda en que se hayan formulado las obligaciones contenidas en las provisiones técnicas. Por ello el artº55 del Reglamento al establecer las reglas de congruencia aclara que el respeto al principio de congruencia se hará *“de tal forma que la moneda en que sean realizables los activos se corresponda con la moneda en que sean exigibles las obligaciones derivadas de los contratos de seguro y reaseguro suscritos”.*

El principio de *rentabilidad* exige que los bienes de inversión produzcan rendimientos que garanticen la integridad del poder adquisitivo de las inversiones realizadas y puedan compensar la circunstancia de que las primas se cobran por anticipado y para hacer frente a prestaciones futuras.

En relación con este apartado el reglamento establece en el parr. Segundo del artº 49.1 que en aquellos seguros en los que el derecho del tomador se valora en función de índices o activos distintos a los propios de la entidad, las inversiones de ésta se orientarán a la obtención de una rentabilidad al menos igual a la de los índices o activos tomados como referencia.

El principio de *seguridad* implica que la inversión se efectúe en activos que no puedan incurrir fácilmente en el riesgo de perder su valor.

El principio de *liquidez* implica que los activos puedan ser fácilmente realizables en dinero, ya que, como norma general, las prestaciones e indemnizaciones habrán de ser pagadas en dinero.

Los principios de *dispersión y diversificación*, que constituyen una novedad en la legislación vigente, son consecuencia de las Directivas Comunitarias y tratan de conseguir que las inversiones no dependan en exceso de un mismo tipo de activos. Las normas para la aplicación de dichos principios se encuentran en el artº 53 del Reglamento que establece los límites de diversificación y dispersión en la inversión de las provisiones técnicas.

2.5.3. Provisiones técnicas a cubrir

A. Planteamiento general

El artº 16.2, de la Ley de Ordenación dispone que “reglamentariamente se fijarán los métodos y procedimientos de cálculo de las provisiones técnicas, *así como el importe de las mismas a cubrir por la entidad aseguradora.*”.

Por su parte el artº 49.2 del Reglamento establece que las entidades aseguradoras y reaseguradoras tendrán la obligación de cubrir *todas las provisiones técnicas que sean consecuencia de operaciones de seguro directo y reaseguro aceptado, sin que resulte admisible deducción alguna por cesiones en reaseguro.* Se encuentran, en consecuencia, incluidas en dicha obligación todas las provisiones técnicas contempladas en los arts. 16.1, párr. segundo, de la Ley y 29 del Reglamento, que fueron tratadas con anterioridad.

Un tema a destacar es el de que la normativa española no permite deducir de las provisiones la parte que pudiera corresponder al reasegurador en las operaciones de reaseguro cedido.

Este criterio, con algunos matices, constituye una constante en la legislación española de seguros privados. Así en la Ley de 14 de mayo de 1908 (artº 20, párr. 3º)⁴²⁸ y su Reglamento de 1912 (artº. 109)⁴²⁹; en la Ley de 16 de diciembre de 1954 (artº. 25, párr. 2º)⁴³⁰; y en el Reglamento de 1 de agosto de 1985 (artº 62.3, en virtud de la habilitación concedida por el artº24. dos, de la Ley de 2 de agosto de 1984)⁴³¹.

⁴²⁸ Artº 20, párr. 3º, de la Ley de 14/5/1908: “*No se admitirá deducción alguna para el cómputo de las reservas matemáticas o de riesgos en curso por razón de reaseguros en el extranjero de los contratos domiciliados en España.*”.

⁴²⁹ Artº 109., párr. 1º, del Reglamento de Seguros de 1912: “*Las reservas matemáticas o de riesgos en curso relativas a las primas cedidas por razón de reaseguro...no se deducirán...del importe de aquellas cuya inversión deba justificarse, a tenor de los artículos que preceden*”. Conviene señalar que el párrafo 3º de dicho artículo permitía la deducción cuando se tratara de primas cedidas a compañías establecidas en España.

⁴³⁰ Artº. 21, párr. 2º, de la Ley de 16/12/1954: “*Tanto las reservas matemáticas de seguros sobre la vida como las de riesgos en curso y las de siniestros pendientes de liquidación y pago a que se refieren los apartados primero y segundo de la letra C) estarán en poder del asegurador directo, quien quedará obligado a justificar su importe y cobertura, sin que sea admisible deducción alguna por reaseguro. La reserva a que se refiere el apartado tercero de dicha letra C) [siniestros pendientes de liquidación] estará cubierta, como mínimo, en la cuantía correspondiente a la retención de la Sociedad aseguradora.*”.

⁴³¹ Artº 24, dos, de la Ley de 2/8/1984: Establece que el reglamento de la Ley “*señalará la distribución, los límites y condiciones que deben reunir las inversiones y los criterios de valoración de éstas a efectos de la cobertura de las provisiones técnicas*”.

Artº 62.3, del Reglamento de 1/8/1985: “*Deberán ser cubiertas las provisiones técnicas señaladas en el apartado anterior [matemáticas; riesgos en curso; siniestros pendientes de declaración, liquidación y pago; y las de desviación de siniestralidad] que sean consecuencia de operaciones de seguro directo, sin*

La razón fundamental de este proceder está en que el asegurador responde íntegramente de las obligaciones derivadas del contrato de seguro, sin que pueda oponer ante el tomador, asegurado o beneficiarios ninguna excepción derivada del contrato de reaseguro, en el cual estos últimos no son parte del contrato, al igual que el reasegurador tampoco lo es en el contrato de seguro. Ambos contratos, seguro y reaseguro, son contratos jurídicamente independientes y solo las partes contratantes de cada una de ellos estarán legitimadas para reclamar y ejercer acciones en defensa de sus derechos respectivos, en aplicación de lo dispuesto por el artº 1257 del C. Civil cuando dispone que “*los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan*”.

Si el proceder anterior no es objeto de discusión en lo que se refiere a las cesiones en reaseguro relativas a operaciones de seguro directo, no ocurre lo mismo cuando se trata de cesiones que corresponden a operaciones de reaseguro aceptado. En este supuesto algún sector de la doctrina ha puesto de manifiesto sus dudas sobre la conveniencia de exigir al reasegurador la total cobertura de las provisiones ya que, por un lado, la tutela de los derechos del asegurado no es tan necesaria al concertarse el contrato de reaseguro entre partes profesionales en las cuales no existe desequilibrio en las posiciones respectivas y, por otra parte, puede darse el caso de que de esa forma resulten garantizados los derechos de los asegurados de entidades extranjeras en cuyos países cabe la posibilidad de que no se dé un trato recíproco equivalente en garantía de los intereses de los posibles asegurados españoles⁴³².

B. Minoraciones a efectos de cobertura

El importe de las provisiones técnicas que tienen su expresión en el pasivo del balance debe ser minorado, a efectos de su cobertura, mediante la deducción de determinados conceptos.

A tales efectos el artº 49.6 del Reglamento autoriza a efectuar tales deducciones tanto de la “provisión de seguros de vida” como de la “provisión de primas no consumidas”.

a. De la provisión de seguros de vida se deducirán:

1. El importe de los anticipos y sus intereses pendientes de reembolso, concedidos sobre pólizas de seguro de vida.

La razón de esta deducción estriba en que los anticipos constituyen desde el punto de vista técnico un pago a cuenta de la indemnización debida, el cual devenga los intereses que se hayan podido pactar, y están garantizados por la provisión matemática. Tales anticipos figurarán en el activo del balance, en tanto representan un crédito del asegurador frente al tomador, mientras que las obligaciones originales del asegurador frente a éste se verán reflejadas por su totalidad en el pasivo, sin que quepa realizar compensación de deudas entre ambas partes contratantes.

que sea admisible deducción alguna por cesiones de reaseguro.”. No obstante, el número 4 de dicho artículo admite que, en las provisiones de siniestros pendientes de liquidación o de declaración, puedan minorarse las cuantías que correspondan a operaciones cedidas o retrocedidas en reaseguro “*en la parte en que no se hubiesen recibido depósitos por razón de dichas provisiones*”.

⁴³² MAESTRO. José Luis.: “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. p. 266.

Dado que la finalidad principal de la constitución de las provisiones técnicas viene dada por la necesidad de garantizar las obligaciones del asegurador con sus asegurados, carece de sentido obligar a la cobertura de la totalidad de la provisión matemática cuando, realmente, ante la ocurrencia del siniestro el asegurador solo estará obligado a pagar una indemnización equivalente a la diferencia entre la cuantía inicialmente pactada y los pagos a cuenta que constituyen los anticipos, incluidos sus intereses.

2. Las comisiones técnicamente pendientes de amortizar, con independencia de que figuren o no en el activo del balance, y netas, en su caso, de reaseguro cedido y retrocedido.

En el seguro de vida suele ser habitual que, al suscribir las pólizas, el asegurador abone comisiones superiores a las periódicas previstas en las bases técnicas. Dicho exceso de comisiones pagadas el primer año será recuperado por el asegurador en años sucesivos al cobrar el recargo para gastos de adquisición incluido en la prima comercial, recargo que ya no deberá destinarse al pago de comisiones, que ya fueron anticipadas en el primer año de duración del contrato, sino que queda en poder del asegurador precisamente para compensar el importe de las comisiones anticipadas.

Contablemente dichas comisiones anticipadas pueden o no hacerse constar en el activo del balance como gastos pendientes de amortización, pero ello no influye en el tratamiento que se da a las mismas a efectos de cobertura de provisiones técnicas, según establece al respecto el precepto reglamentario.

Como quedó indicado en su momento la provisión matemática, expresada en el pasivo del balance, representa, según el artº 32.2 del Reglamento, la diferencia entre el valor actual actuarial de las obligaciones futuras del asegurador y las del tomador, y dicha provisión se debe calcular tomando como base la prima de inventario (prima pura más el recargo para gastos de administración).

Pero como, por un lado, el tomador tiene la obligación futura de hacer frente al pago de la prima comercial completa, la cual incorpora el recargo para gastos de adquisición que servirá para que el asegurador pueda recuperar las comisiones pagadas por anticipado, y por otro lado dicho recargo no ha sido computado entre las obligaciones del tomador para el cálculo de la provisión matemática, ésta, a efectos de cobertura, debe ser minorada en el importe de las comisiones anticipadas que el asegurador irá recuperando con el recargo de gastos de adquisición que el tomador debe satisfacerle.

Aclara, por último, la norma que las comisiones pendientes de amortización que han de ser deducidas de la provisión matemática, a efectos de cobertura, deben ser netas de reaseguro cedido o retrocedido. Ello se debe a que si bien las comisiones anticipadas pendientes de amortizar constituyen un crédito a favor del asegurador, la parte de dichas comisiones que pudieran corresponder al reasegurador constituyen una deuda del asegurador para con éste

3. El importe de las provisiones correspondientes a las primas devengadas y no emitidas y a las pendientes de cobro del propio ejercicio, netas de las comisiones del párrafo (...) anterior que correspondan a las mismas.

Se trata de primas que no han sido cobradas bien porque habiendo sido devengadas no han sido emitidas o bien porque el tomador no ha efectuado en su momento el pago de la prima. En ambos casos la provisión matemática correspondiente a dichas primas debe deducirse a efectos de cobertura de esta última. Hay que tener en cuenta que la inversión de las provisiones técnicas debe ser financiada con los recursos procedentes de las primas y carecería de sentido obligar al asegurador a la cobertura de provisiones para la cual no ha recibido del tomador las primas correspondientes.

El requisito de que se trate de primas “*del propio ejercicio*” y, consecuentemente, no de ejercicios anteriores tiene su razón de ser en que si la falta de pago se ha producido en tales ejercicios el asegurador habrá procedido a la reducción del capital asegurado y al cálculo de la provisión teniendo en cuenta dichas circunstancias.

b. De la provisión de primas no consumidas tendrán que deducirse:

1. Las comisiones del ejercicio, con el límite previsto para las mismas en la nota técnica y periodificadas en el mismo porcentaje que las primas a las que correspondan.

La provisión para primas no consumidas se calcula sobre la prima comercial. Esta incluye el recargo para gastos de adquisición con el cual el asegurador hará frente a las comisiones que deba abonar a los mediadores, cuyo crédito contra el asegurador se extingue una vez que éste abona dichas comisiones al cobrar la prima correspondiente. Por consiguiente en la provisión de primas no consumidas se incluye la parte correspondiente del recargo para gastos de adquisición, parte que no representa obligaciones del asegurador con los asegurados y por ello, aunque se incorpore a la provisión a efectos de periodificación de los ingresos, no resultaría correcto exigir su cobertura ya que en tal caso el asegurador carecería de los ingresos técnicos suficientes para ello al haber tenido que destinar dichos recargos a su fin específico cual es el abono de las comisiones que adeuda a sus mediadores.

No obstante la deducción que permite el Reglamento tiene el límite del importe de las comisiones previstas en las bases técnicas, límite que viene impuesto por razones de prudencia para no beneficiar a aquellas entidades que abonando comisiones superiores a las técnicamente previstas estén operando con primas insuficientes. Esta limitación, razonable desde un punto de vista técnico y de solvencia, plantea sin embargo un problema de interpretación de la norma reglamentaria ya que si bien ésta se refiere a las comisiones previstas en las bases técnicas, en éstas últimas lo que se incluye es el recargo para gastos de adquisición, el cual no se destina únicamente al pago de comisiones a los mediadores sino también a satisfacer otra serie de gastos comerciales originados por la contratación de las pólizas, sin discriminar qué parte de dicho recargo se destina a cada una de las finalidades indicadas. Ello supone que si se deduce íntegramente el recargo para gastos de adquisición que pueda corresponder, se están eliminando de la cobertura recursos que deben ser mantenidos para poder hacer frente a las obligaciones derivadas de esos otros gastos diferentes a las comisiones que sí deben estar cubiertos por las inversiones adecuadas.

Aunque algún sector de la doctrina⁴³³ ha planteado que si el resultado técnico es positivo, en esencia que las primas sean suficientes para hacer frente al pago de la

⁴³³ MAESTRO. José Luis. “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. p. 281.

siniestralidad y a los gastos de gestión, podría deducirse la totalidad del recargo de adquisición. No obstante el problema sigue planteado tanto en caso de que el resultado técnico sea equilibrado como si es negativo.

Por último, se exige que las comisiones deducidas lo sean periodificando las mismas en el mismo porcentaje que corresponda a las primas.

2. El importe de las provisiones correspondientes a las primas devengadas y no emitidas y a las pendientes de cobro del propio ejercicio, netas de las comisiones del párrafo (...) anterior que correspondan a las mismas.

Aunque la provisión para primas no consumidas se contabiliza, por requerimientos de los principios contables aplicables, con independencia de que las primas hayan sido cobradas o no, cuando se trata de primas que no han sido cobradas bien porque habiendo sido devengadas no han sido emitidas, bien porque no han sido pagadas por el asegurado en el momento debido, no debe exigirse al asegurador la cobertura de dicha parte de la provisión toda vez que no ha ingresado en su patrimonio los recursos necesarios para ello. Desde un punto de vista jurídico contractual, por aplicación del artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro, el asegurador no tiene obligación de atender el pago de la indemnización si no se ha pagado la prima inicial, o a partir de un mes desde la fecha de renovación del contrato si se trata de primas sucesivas. No tendría sentido obligar al asegurador a invertir aquella parte de la provisión que corresponde a primas que, por no haber sido abonadas por el tomador del seguro, no representan obligación alguna del asegurador.

2.5.4. Principio de cobertura permanente

A. Delimitación de su aplicación

Esta exigencia viene establecida por el artº 49.3 del Reglamento, el cual dispone que “*las provisiones técnicas calculadas al cierre del ejercicio, así como la variación que en las mismas se produzca hasta el cierre del siguiente deberán estar cubiertas de forma permanente*”. Se trata de dar cumplimiento a lo preceptuado por el artº 16.1 de la Ley cuando exige que las entidades deben “mantener en todo momento” las provisiones técnicas.

Para ello el Reglamento no solo establece que las provisiones deberán estar cubiertas de forma permanente sino que, para garantizar el cumplimiento del mandato legal, impone tal obligación no solo para las provisiones calculadas a fin de ejercicio sino también para la variación que se produzca sobre las mismas a lo largo del ejercicio siguiente. Criterio este totalmente lógico ya que las obligaciones de la entidad derivadas de la situación de su actividad a 31 de diciembre no son estáticas sino que, por el contrario, son cambiantes según se van concertando nuevas operaciones, se anulan otras concertadas con anterioridad, se van liquidando los siniestros pendientes y se reciben nuevas declaraciones de estos últimos. Todo ello hace que el conjunto de obligaciones derivadas de la actividad aseguradora, que tienen su expresión en las provisiones técnicas, esté en un proceso de permanente variación que debe ser tenido en consideración a la hora de exigir la correcta cobertura de dichas provisiones,

Por ello la obligación de cobertura permanente debe interpretarse en el sentido de que la misma ha de ser cumplida de manera ininterrumpida a lo largo del ejercicio y que no será suficiente tener cubiertas las provisiones únicamente a la fecha en que se formulan los balances anuales, trimestrales o cualesquiera otros que puedan ser necesarios, derivados de operaciones voluntarias de la entidad o a requerimiento de las autoridades competentes, sino que la obligación de cobertura es un “continuum” al igual que lo es el montante de obligaciones que tal cobertura pretende garantizar. En opinión de un sector de la doctrina, “no se trata de una obligación de cumplimiento instantáneo sino permanente”⁴³⁴.

La obligación de cobertura permanente ha sido objeto de las mismas reservas que se han manifestado respecto de la obligación de “constituir y mantener en todo momento” las provisiones técnicas, en la medida en que, según se indicó con anterioridad, la aplicación rigurosa y extensiva del principio de constitución y mantenimiento “en todo momento” de las provisiones técnicas no deja de plantear ciertos problemas ya que como ha señalado algún sector de la doctrina⁴³⁵ la constitución de las provisiones, sinónimo de su contabilización, es un concepto contable que resulta inseparable de la formulación de un balance y que solo cuando este se lleva a cabo pueden ser constituidas las provisiones, entendiéndose referida a los balances no anuales la obligación de cobertura de las variaciones que se produzcan en el importe de las provisiones establecidas al cierre del ejercicio económico.

En ayuda de tal consideración, se ha estimado que el artº 29.1 del Reglamento matiza la referencia de la Ley a la constitución y mantenimiento “en todo momento” de las provisiones técnicas, al relacionar estas últimas con la formulación de balances cuando establece que: “*Las provisiones técnicas deberán reflejar en el balance de las entidades aseguradoras el importe de las obligaciones asumidas que se derivan de los contratos de seguros y reaseguros (...) En el caso de que se elaboren balances con periodicidad diferente a la anual, el cálculo y la constitución de las provisiones técnicas se efectuarán aplicando los criterios establecidos en este Reglamento con la adaptación temporal necesaria*”.

Pero, por otro lado, lo que sí queda claro es la exigencia reglamentaria de que el conjunto de obligaciones que representan las provisiones técnicas calculadas a fin de ejercicio y la variación de las mismas hasta el cierre del siguiente esté permanentemente cubierto por las inversiones adecuadas. Ello nos lleva a considerar que si la suficiencia de las inversiones debe estar garantizada de forma “permanente”, dado que la

⁴³⁴ DE ANGULO RODRIGUEZ. Luis. “ Condiciones para el ejercicio...”, en “*Estudios y comentarios sobre...*”. Op. cit., p. 123.

⁴³⁵ MAESTRO. José Luis.: “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. pp. 266 y 267.: “Es aquí de aplicación la misma reserva que debe hacerse en cuanto a la obligación que la ley establece respecto del mantenimiento “en todo momento” de las provisiones técnicas, habida cuenta de que las provisiones son un concepto contable inseparable de la elaboración de un balance; de manera que solo cuando el mismo se formula cabe efectuar el cálculo de las mismas; siendo, por tanto, imposible su constitución en momentos distintos. En este sentido, el artículo 29 del Reglamento matiza acertadamente esa referencia legal a la constitución de provisiones en todo momento, al establecer una relación entre las mismas y la elaboración de balances, sin perjuicio de que éstos puedan formularse con periodicidad diferente de la anual. En consecuencia, la obligación de cobertura debe entenderse igualmente referida a las de las provisiones que aparezcan en dichos balances, siendo en ese sentido en el que procede entender la cobertura permanente que se exige para la variación que se produzca en las provisiones desde el cierre del ejercicio al del ejercicio siguiente.”.

suficiencia de tales inversiones debe serlo respecto del importe de las provisiones es evidente que tal importe debe estar así mismo en situación de poder ser formulado con carácter permanente y en todo momento pues, en caso contrario, no podría darse cumplimiento a la exigencia legal. Se trata de dos términos de una igualdad (provisiones técnicas = bienes de inversión) que deben estar en condiciones de poder ser expresados al unísono y en todo momento para poder dar satisfacción al mandato normativo.

Si la comprobación del cumplimiento de dicho mandato se limitara a los momentos en que se produce la formulación de un balance, (ya sean los obligatorios anual y trimestral o los de cualquier otra índole), y solo en ese momento pudiéramos comprobar si se cumple la igualdad antes indicada en que las inversiones cubren, y por ello garantizan, las provisiones técnicas, es evidente que no se estaría dando satisfacción a la obligación impuesta por la Ley y el Reglamento. Luego será necesario arbitrar una interpretación de la norma que favorezca su propio cumplimiento.

Como antes se indicó la Ley, en su artº 16.1, dispone que: *“Las entidades aseguradoras tendrán la obligación de constituir y mantener en todo momento provisiones técnicas suficientes para el conjunto de sus actividades. A estos efectos, deberán estar adecuadamente calculadas, contabilizadas e invertidas en activos aptos para su cobertura”*.

El primer inciso del texto precedente expresa el mandato de las Terceras Directivas de seguros de vida y de no vida en tanto en cuanto estas exigen que el Estado miembro de origen imponga a cada empresa de seguros *“la obligación de constituir provisiones técnicas suficientes para el conjunto de sus actividades”*⁴³⁶, pero contiene una novedad, propia de la legislación española, al exigir junto a la obligación de “constituir” la de “mantener en todo momento” las provisiones técnicas.

En consecuencia, se debe tratar de precisar el alcance y contenido de los términos “constituir y mantener en todo momento”. La propia norma, en su segundo inciso, aclara el contenido de dichos términos al precisar que *“a estos efectos”* (los de constitución y mantenimiento) las provisiones deben estar adecuadamente *“calculadas, contabilizadas e invertidas”*. Cabe deducir, pues, que para la Ley “constituir y mantener” las provisiones técnicas es equivalente a “calcularlas, contabilizarlas e invertir las”.

El cálculo de las provisiones es un proceso externo al balance que persigue, aplicando los métodos admitidos por la normativa, obtener de la manera más exacta posible el importe de las provisiones técnicas que deben ser constituidas. Por su parte, el concepto de constitución de las provisiones técnicas ha sido habitualmente sinónimo de contabilización de las mismas⁴³⁷, y este parece ser el criterio del artº 29.1 del Reglamento, antes citado, aunque en algún momento la propia legislación haya utilizado el término “constituir” como sinónimo de inversión, como era el caso del artº 22 de la

⁴³⁶ Artº 17 de la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, que modifica el artº 15 de la Directiva 73/239/CEE, de 29 de junio de 1976 (Seguro distinto al de vida); y artº 18 de la Directiva 92/96/CEE, de 10 de noviembre de 1992, del Consejo, que modifica el artº 17 de la Directiva 79/267/CEE, de 5 de marzo de 1979 (seguros de vida).

⁴³⁷ DEL CAÑO ESCUDERO. Fernando. *“Derecho Español de Seguros”*. Tomo I. Parte General, p. 146. Madrid 1983. Idéntico criterio en la edición de 1973, p.115.

Ley de 1954 cuando exigía que la totalidad de las reservas técnicas “tendrá que constituirse íntegramente en España”. Por lo que se refiere al término “mantener” utilizado por la Ley pensamos que hace referencia a la inversión de las provisiones ya que de otra forma carecería de utilidad y eficacia.

En consecuencia, si el cálculo de las provisiones se efectúa fuera de la confección del balance, si su constitución consiste en la contabilización de las mismas en el momento de confeccionar un balance, cualquiera que sea la categoría de éste, y si su mantenimiento hace referencia a la inversión de su importe, es evidente que para que pueda verificarse si la cobertura se mantiene en todo momento y de forma permanente, deberá habilitarse un procedimiento, distinto a la confección de un balance que nos proporcione la cuantía de las provisiones también en todo momento y de forma permanente, y ello a consecuencia de que tanto las obligaciones que representan las provisiones técnicas como los bienes y derechos aptos para su inversión que posea la entidad, tienen autonomía propia y no dependen para su existencia jurídica y patrimonial de que queden o no expresadas en un balance.

A tal fin puede ayudar la llevanza de determinados registros contables obligatorios para las entidades aseguradoras. A dichos efectos el artº 65.1 del Reglamento establece que tales entidades, además de los libros de contabilidad, “llevarán” los registros que a continuación se detallan: *a) De cuentas b) De pólizas y suplementos emitidos, y anulaciones c) De siniestros d) De cálculo de las provisiones técnicas. e) De inversiones. f) De estados de cobertura de provisiones técnicas y de margen de solvencia, y g) De contratos de reaseguro aceptado y cedido.*

Son de especial interés para el tema que nos ocupa el registro de “cálculo de las provisiones técnicas”, el de “inversiones” y el de “estado de cobertura de provisiones técnicas” y especialmente este último.

Respecto al registro de cálculo de las provisiones técnicas el Reglamento dispone que “para cada una de las provisiones técnicas, se llevarán separadamente los registros correspondientes al seguro directo, al reaseguro aceptado y al reaseguro cedido”. Todas las provisiones técnicas, sin excepción, deberán tener su expresión en este registro, cualquiera que sea la naturaleza de aquellas.

En cuanto al registro de inversiones el Reglamento establece que este inventario comprenderá todos los datos necesarios para una adecuada gestión de las inversiones conforme a las características de cada activo y que “*en todo caso y para cada una de las inversiones de la entidad, (...) este registro contendrá la (...) asignación y valoración a efectos (...) de cobertura de provisiones técnicas*”. También dispone que este registro recogerá un resumen de la situación de las inversiones “*al término de cada trimestre*”.

Por lo que se refiere al estado de cobertura de provisiones, y según la norma reglamentaria, éste deberá ser elaborado “al menos con periodicidad trimestral”, debiendo contener “todos los datos necesarios para el cálculo y cobertura de las provisiones técnicas”. Este registro reviste una especial importancia en el tema que nos ocupa ya que él deberá reflejar los datos necesarios para poder comprobar si los bienes de inversión son o no suficientes para cubrir y garantizar las provisiones técnicas.

Según dispone el Reglamento en su artº 65.3, todos los libros y registros mencionados, *“no podrán llevarse con un retraso superior a tres meses”*. No impide dicho precepto que la llevanza de dichos registros se efectúe en periodo de tiempo inferior y, en consecuencia, si por otro lado la Ley y el propio Reglamento exigen que determinadas obligaciones como son el mantenimiento y cobertura de las provisiones técnicas estén cumplidas *“en todo momento”* y *“de forma permanente”*, nada impide que los registros contables útiles a tal finalidad sean gestionados sin acogerse al periodo trimestral que la norma permite con carácter general.

Si tal obligación es permanente habrá que arbitrar medios de control internos, también permanentes, para que el conocimiento del estado de cobertura de las provisiones técnicas no quede relegado a las fechas de cierre de los estados contables anual o trimestrales. Y a ello creemos que obliga lo prevenido en el artº 71.3 de la Ley cuando dispone que el Ministerio de Economía *“exigirá que las entidades aseguradoras sometidas a su control dispongan de una buena organización administrativa y contable y de procedimientos de control interno adecuados”*, mandato legal que ha sido cumplido por el artº 110 del Reglamento el cual bajo la rúbrica *“control interno de las entidades aseguradoras”* establece en su nº 1 que las entidades aseguradoras *“deberán establecer procedimientos de control interno adecuados a su organización y disponer de la información suficiente para que la dirección de la entidad pueda tener un conocimiento actualizado sobre la evolución de su actividad, el funcionamiento de sus departamentos y redes de distribución, y el comportamiento de las magnitudes económico-actuariales básicas de su negocio”*. Pensamos que es perfectamente aplicable a la cobertura permanente de las provisiones esa exigencia impuesta a la dirección de las entidades referida al conocimiento actualizado de la evolución de la actividad de la entidad y de sus magnitudes económico-actuariales básicas.

Lo ideal sería que el procedimiento de control que se establezca pudiera garantizar un control diario del estado de cobertura pero, siendo conscientes de la complejidad que tal objetivo puede entrañar, debería ser capaz de proporcionar la información suficiente al menos cada quince días. Lo que sí está claro es que el conocimiento *“actualizado”* del que, según la normativa, debe disponer la dirección de la entidad, ligado a la exigencia de que la cobertura de las provisiones técnicas sea *“permanente”* y *“en todo momento”*, no queda suficientemente satisfecho con la mera comprobación de la situación en cuatro fechas al año⁴³⁸

Por ello estimamos que la obligación de mantenimiento y cobertura permanentes de las provisiones técnicas, impuesta por la Ley y el Reglamento, puede tener un instrumento de gran utilidad para su cumplimiento en los registros contables antes mencionados de *“inversiones”*, *“cálculo de provisiones técnicas”* y de *“estado de cobertura de provisiones técnicas”*. Especialmente los dos primeros pueden facilitar los datos fundamentales referentes al importe de las provisiones y al valor de las inversiones afectas a la cobertura de aquellas. No se nos oculta la dificultad material que entraña el diseño de un sistema de control interno de gestión que pueda dar respuesta a la exigencia legal de mantener *“en todo momento”* la cobertura de las provisiones técnicas, pero creemos que la respuesta para garantizar la obligación legal puede venir mediante el establecimiento de un sistema de control interno de gestión contable y patrimonial que, soportado en los adecuados

⁴³⁸ Estados contables trimestrales de 31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre; y estados anuales a 31 de diciembre.

programas informáticos y conectado con los registros contables antes indicados, garantice que la entidad pueda estar permanentemente en situación de conocer el volumen de sus provisiones técnicas y el de las inversiones afectas a las mismas para determinar si se cumple o no con la exigencia legal.

Un sistema como el descrito sería complementario de la obligación impuesta por el artº 66.2 del Reglamento el cual, después de establecer que el ejercicio económico de las entidades de seguros coincidirá con el año natural, dispone que éstas “*deberán elaborar, al menos trimestralmente, un balance, las cuentas técnicas y no técnicas de resultados, un estado de cobertura de provisiones técnicas y un estado de margen de solvencia*”. También en este caso el periodo trimestral es un mínimo que no impide formular el balance y los demás estados antes referidos con periodicidad menor a la indicada.

B. Facultades de la Administración

Como refuerzo para garantizar la efectividad de la obligación de cobertura permanente el Reglamento en su artº 49.3, inciso segundo, permite que el Órgano de Control pueda pronunciarse expresamente en cuanto a la posible falta de aptitud de los bienes de inversión afectos a la cobertura de las provisiones técnicas. A tales efectos dispone que: “*Para definir esta cobertura, la Dirección General de Seguros podrá mediante resolución motivada deducir de cobertura de [sic] aquellos bienes y derechos respecto de los que por su falta de permanencia en el activo de la entidad, su especial litigiosidad o su escasa negociación pueda entenderse que no se ajustan a los principios señalados*” en el apartado 1 del indicado artículo (congruencia, rentabilidad, seguridad, liquidez, dispersión y diversificación) y que ya fueron comentados anteriormente.

El anterior Reglamento de Ordenación de 1985 al reconocer idéntica facultad en su artº 74.2 permitía la deducción de las inversiones de aquellos bienes en que “por su falta de permanencia en el activo” o “por otros motivos” pudiera “fundadamente presumirse” que constituían una cobertura no ajustada a los fines de la Ley.

El actual precepto reglamentario está dotado de una mayor precisión de redacción ya que si bien mantiene el supuesto de “*falta de permanencia en el activo*”, en cambio sustituye los “*otros motivos*” del reglamento anterior por los supuestos de “*especial litigiosidad*” y “*escasa negociación*”, y donde se hacía mención a que “pudiera fundadamente presumirse” la falta de adecuación de los bienes, ahora se hace referencia a que “pueda entenderse” dicha falta de adecuación. Ello ha podido servir de base para que se haya estimado que la nueva redacción ha eliminado la discrecionalidad contenida en el anterior reglamento considerando que la facultad que otorga el Reglamento vigente es una facultad reglada⁴³⁹.

⁴³⁹ MAESTRO. José Luis., en “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. p. 267, considera que: “Como se desprende de este precepto, la posibilidad de deducir bienes o derechos de la cobertura de las provisiones técnicas por parte de la dirección General de Seguros es una facultad reglada que solo procede en el caso de que concurra cualquiera de las tres circunstancias que el Reglamento establece. Se ha eliminado, pues, toda discrecionalidad a este respecto, a diferencia de lo que hacía el Reglamento de 1985, que permitía esa misma deducción no solo en el caso de falta de permanencia de los bienes en el activo, sino en cualquier otro supuesto en el que se pudiera apreciar que la cobertura que los mismos

No obstante, aunque es cierto que se ha mitigado en parte el nivel de discrecionalidad existente en la normativa anterior opinamos que en el tratamiento dado por el Reglamento vigente al tema sigue manteniéndose un importante grado de discrecionalidad administrativa que no permite considerar que estamos ante una facultad totalmente reglada. Así, al igual que en la normativa anterior, la vigente establece que el órgano de control “*podrá*” ejercer la facultad que la norma le otorga. Pero, además, aunque el nuevo precepto gana en precisión al circunscribir a tres supuestos la posible actuación administrativa, la definición de los mismos está basada en la expresión de situaciones que solo la discrecionalidad administrativa podrá concretar en su momento. Con esta técnica habrá que delimitar en cada caso cuando existe bien “*falta de permanencia*” en el activo, bien una “*especial*” litigiosidad o bien una “*escasa*” negociación, y será la Administración la encargada de valorar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar, por ejemplo: si el tiempo de permanencia de las inversiones en el patrimonio de la entidad es suficiente o no a los efectos pretendidos; si la naturaleza y circunstancias que rodean a la adquisición de un bien o derecho le hacen objeto de esa especial litigiosidad que implique serias dudas sobre si la entidad aseguradora va a poder o no ejercer un pacífico disfrute de los mismos; o bien si el volumen de operaciones de contratación de un determinado valor en los mercados bursátiles cumple o no con los principios de inversión exigidos por la normativa.

Por ello, y con independencia del control jurisdiccional que de los actos discrecionales puede hacerse para evitar la arbitrariedad, cabe considerar que las facultades administrativas en este supuesto siguen siendo fundamentalmente discrecionales, aunque el ámbito objetivo de dicha discrecionalidad se haya visto mermado en el tratamiento que la normativa vigente efectúa en este tema.

2.5.5 Cobertura diferenciada para el seguro de vida y el seguro distinto al de vida

De conformidad con lo establecido por el artº 4 del R.D. 2014/1997, de 26 de diciembre, que aprueba el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, la contabilidad de las entidades que se hallen autorizadas para realizar operaciones para realizar operaciones en el ramo de vida y en ramos distintos al de vida, deberá de llevarse de forma separada para ambos tipos de actividad.

Como consecuencia de lo anterior el artº 49.4 del Reglamento establece que dichas entidades “*deberán gestionar las inversiones afectas a la cobertura de las provisiones técnicas correspondientes a cada actividad de forma separada, identificando desde el primer momento las asignadas a cada una de ellas, considerando que los rendimientos y las reinversiones efectuadas corresponden a la actividad a que tales inversiones estuviesen afectas*”. También dispone dicha norma que los saldos en cuentas corrientes o a la vista se asignarán a a cada una de dichas actividades “*conforme a criterios objetivos, razonables y comprobables*”.

Tal obligación se relaciona de forma directa con la previsión del artº 65.1.e) del propio Reglamento cuando al regular el registro de inversiones establece que en cada una de las inversiones de la entidad este registro “*contendrá la descripción, situación,*

proporcionasen no se ajustaba a los fines del citado Reglamento; situación esta cuya concurrencia era de apreciación discrecional por el citado órgano administrativo.”

asignación y valoración a efectos de contabilidad y de cobertura de provisiones, técnicas”, también exige que en el caso de entidades autorizadas para operar en vida y no vida “este registro se llevará en secciones separadas”.

Por último, en relación con la materia que comentamos, conviene indicar que el artº 49.5 del Reglamento, dispone que *la asignación de inversiones deberá mantenerse en los sucesivos ejercicios, salvo causa justificada, la cual deberá explicitarse en la documentación estadístico-contable que las entidades aseguradoras remitan a la Dirección General de Seguros.*

2.5.6. Bienes y derechos aptos para la inversión de las provisiones técnicas

A) Introducción

Como antes se indicó, de poco serviría la exigencia legal de calcular y contabilizar correctamente las provisiones técnicas en el pasivo del balance si no fuera acompañada tal exigencia de la obligación de invertir adecuadamente dichas provisiones, de manera que su valor equivalente se vea reflejado en bienes suficientes expresados en el activo del balance. Las obligaciones reconocidas en las provisiones técnicas solo estarán realmente garantizadas si dichos bienes son capaces de proporcionar los suficientes recursos para hacer frente a tales obligaciones.

No basta con que tales obligaciones estén representadas por “cantidad” suficiente de activos sino que, además, se exige que tales activos sean de una determinada “calidad” y cumplan unas determinadas condiciones.

Por ello el mandato del artº 16.1 de la Ley referente a que la provisiones “deberán estar adecuadamente (...) invertidas en activos aptos para su cobertura.”, es desarrollado por el artº 50 del Reglamento estableciendo la relación de los bienes y derechos que se consideran válidos para la inversión de las provisiones técnicas.

Al igual que la obligación legal de invertir adecuadamente las provisiones técnicas ha sido una constante en la normativa reguladora de la actividad aseguradora privada, también la necesidad de que esa inversión se haga en bienes y derechos determinados y no en cualquier clase de ellos, ha sido una exigencia permanente en nuestro ordenamiento jurídico.⁴⁴⁰ La materia está regulada por el artº 50 del vigente Reglamento de Ordenación Supervisión y, en algunos extremos, por la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1998, que adaptan y desarrollan lo establecido al efecto por las Terceras Directivas de seguros distintos al de vida (artº 20)⁴⁴¹ y de seguros de vida (artº. 21)⁴⁴² que establecen las categorías de activos permitidos para representar las provisiones técnicas..

⁴⁴⁰ Artº 17 de la Ley de 14/5/1908; artº 116 del Reglamento de 1912; Artº 22 de la Ley de 16/12/1954; Decreto de 2875/1970, de 12 de septiembre; Real Decreto 467/1977, de 11 de marzo; Real Decreto 1341/1978, de 2 de junio, que refunde y modifica los de 1970 y 1977; y arts. 64 a 68 del Reglamento de ordenación de 1 de agosto de 1985

⁴⁴¹ Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio.

⁴⁴² Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre.

B) Bienes y derechos aptos para cobertura

Siguiendo el orden del citado artículo 50 del Reglamento, podemos agrupar los bienes y derechos aptos en cuatro categorías: activos financieros; derechos reales inmobiliarios; créditos y tesorería y depósitos bancarios. La lista de bienes y derechos aptos para cobertura es, en principio, una lista tasada y solo los bienes y derechos contenidos en la misma pueden considerarse válidos para la inversión de las provisiones técnicas. No obstante, dada la constante evolución de los mercados, especialmente los financieros, y con objeto de facilitar la inclusión de activos que en un futuro puedan aparecer, el artº 50.23 del Reglamento de Ordenación faculta al Ministro de Economía para establecer las condiciones que hayan de reunir otros activos distintos a los descritos en la lista del artº 50 a efectos de que puedan ser considerados como aptos para la cobertura de provisiones técnicas.

Seguidamente comentaremos cada uno de estos apartados:

a. Activos financieros

Entendemos por tales los “valores negociables representativos de la captación y utilización de capitales ajenos, con independencia de la forma en que se documenten”, de acuerdo con lo previsto por el R.D. 2717/1998, de 18 de diciembre, por el que se regulan los pagos a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Se encuentran regulados en el artº 50 del Reglamento, números 1 a 9:

a'. Valores y derechos negociables de renta fija o variable cuando se negocien en mercados regulados en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

La norma vigente ha sustituido la referencia a “valores mobiliarios” contenida en el artº 64.2 del Reglamento de Ordenación de 1985 por la de “valores y derechos negociables”. El concepto de valor mobiliario era asimilable al de “título valor”, pero éste último al no poder abarcar todas las posibles situaciones que se presentan en los actuales mercados financieros, especialmente en lo relativo a las transacciones realizadas mediante anotaciones en cuenta sin expedición del título, ha perdido su significado generalizador y ha sido substituido, en tal sentido, por el concepto de “valor negociable”, concepto que se encuentra reconocido por la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988, la cual en su artº 5 establece que “los valores negociables podrán representarse por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos.” Aunque dicha Ley no contiene un concepto de valor negociable, en el Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo que regula las emisiones y ofertas públicas de venta de valores, en cuyo artº 2 se establece una relación que determina, por vía positiva y negativa, qué tipo de valores se consideran negociables y cuales no⁴⁴³ si bien el nº 1,f) de dicho artº establece un

⁴⁴³ Dicho Real Decreto desarrolla el Título III de la Ley 24/1988, de 28 de julio (RCL 1988\1644; RCL 1989, 1149 y 1781), del Mercado de Valores, dedicado al mercado primario de valores, así como a su artículo 61, que somete las ofertas públicas de ventas de valores no admitidos a negociación a un régimen muy parecido al de la emisión de valores.

El Real Decreto, según su propia Exposición de Motivos, comienza definiendo el concepto de «valor negociable», pieza cardinal de la Ley del Mercado de Valores que ésta, por razones de técnica legislativa, se abstuvo de delimitar con precisión. Para hacerlo la presente norma utiliza la técnica de la enumeración,

concepto genérico al establecer que se considerará valor negociable “*cualquier otro derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera. En particular, se entenderán incluidos en el presente apartado las participaciones o derechos negociables que se refieran a valores o créditos*”.

Por lo que se refiere al término de “derechos negociables”, éste ha sido criticado por un sector de la doctrina que lo considera un concepto “difuso e innecesario a los efectos que el Reglamento pretende”, toda vez que dicho concepto carece de un régimen jurídico específico e incluso el propio Reglamento parece que los asimila a los propios “valores negociables” cuando hace referencia a los derechos negociables “emitidos”⁴⁴⁴, como es el caso del artº 51.2.d) cuando al establecer el lugar de situación de dichos derechos negociables se refiere al “domicilio del emisor”. Por otra parte el propio artº 2 del Real Decreto de 1992 antes citado, según ha quedado indicado, considera incluido en la categoría de valor negociable “cualquier otro derecho de contenido patrimonial” que reúna las condiciones exigidas por dicho precepto, con lo cual la aparentemente doble categoría de “valores” y “derechos” negociables a que hace mención el artº 50.1 del Reglamento de Ordenación podría quedar subsumida en una sola.

positiva y negativa, que se complementa con una cláusula de cierre que califica como valor negociable «todo derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera». Su artº 2 dispone lo siguiente:

“Artículo 2. Valores negociables.

1. A los efectos del presente Real Decreto, tendrán la consideración de valores negociables:

- a) Las acciones de Sociedades Anónimas y las cuotas participativas de Cajas de Ahorro y de la Confederación Española de Cajas de Ahorro, así como cualesquiera valores, tales como derechos de suscripción, «warrants» u otros análogos, que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición.*
- b) Las obligaciones y valores análogos representativos de partes de un empréstito, emitidos por personas o entidades privadas o públicas, ya sean con rendimiento explícito o implícito, los que den derecho directa o indirectamente a su adquisición, así como los valores derivados que den derecho sobre uno o más vencimientos de principal o intereses de aquéllos.*
- c) Las letras de cambio, pagarés, certificados de depósito o cualquier instrumento análogo, salvo que sean librados singularmente y, además, deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables del público.*
- d) Las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.*
- e) Las participaciones en fondos de inversión de cualquier naturaleza.*
- f) Cualquier otro derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que, por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera. En particular, se entenderán incluidos en el presente apartado las participaciones o derechos negociables que se refieran a valores o créditos.*

2. No se considerarán valores negociables:

- a) Las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada.*
- b) Las cuotas de los socios de sociedades colectivas y comanditarias simples.*
- c) Las aportaciones al capital de las sociedades cooperativas de cualquier clase.*
- d) Las cuotas que integran el capital de las sociedades de garantía recíproca.*
- e) Las acciones de las Sociedades Receptoras de las Bolsas de Valores y de los demás organismos rectores de mercados secundarios organizados, de la Sociedad de Bolsas, y del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, así como las cuotas asociativas de la Confederación Española de Cajas de Ahorros”.*

⁴⁴⁴ MAESTRO, José Luis.: “Garantías técnico-financieras...”. Op. Cit. pp. 287 y 288.

A estos efectos, se consideran *mercados regulados* aquellos establecidos dentro del ámbito de la O.C.D.E., que cumplan las condiciones exigidas por la Directiva 93/22/CEE, de 10 de mayo, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables⁴⁴⁵, y aquellos otros que, en su caso, determinen las autoridades españolas de control financiero, por entender que sus condiciones de funcionamiento son equivalentes a las fijadas en la citada normativa comunitaria.

También establece el precepto indicado que en caso de suspensión de negociación de los valores afectos a la cobertura, ésta deberá reanudarse en el plazo de un mes para poder mantener la aptitud para cobertura de los referidos activos y que en ningún caso se admitirán valores y derechos emitidos por la propia entidad aseguradora.

Cuando se trate de *valores y derechos negociables cedidos temporalmente con pacto de recompra no opcional*, se computará como activo apto durante el citado período la financiación recibida.

⁴⁴⁵ El artº 1.13 de la citada Directiva establece que: “A efectos de la presente Directiva se entenderá por (...) 13) *mercado regulado*: el mercado de instrumentos financieros contemplados en la sección B del Anexo,

- incluido en la lista contemplada en el artículo 16 por el Estado miembro que sea el Estado miembro de origen a efectos de la letra c) del punto 6 del artículo 1 (que define qué debe entenderse por Estado miembro de origen),

- de funcionamiento regular,

- caracterizado por el hecho de que las disposiciones establecidas o aprobadas por las autoridades competentes definen las condiciones de funcionamiento del mercado y de acceso al mercado, así como, cuando sea de aplicación la Directiva 79/279/CEE, las condiciones de admisión a la negociación fijadas por dicha Directiva, y cuando ésta no es aplicable, las que debe cumplir un instrumento financiero para poder ser efectivamente negociado en el mercado,

- que imponga el cumplimiento de todas las obligaciones de declaración y de transparencia establecidas con arreglo a los artículos 20 y 21”.

La indicada Sección B del Anexo aclara que se consideran *instrumentos*:

1. A) *Valores negociables*. B) *Participaciones de un organismo de inversión colectiva*.
2. *Instrumentos de mercado monetario*.
3. *Los contratos financieros a plazo (futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que requieran pago en efectivo*.
4. *Los contratos a plazo sobre tipos de interés (FRA)*.
5. *Los contratos de permuta (swaps) sobre tipos de interés, sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones (“equity swaps”)*.
6. *Opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos que se contemplan en la presente Sección del anexo, incluidos los instrumentos equivalentes que requieran pago en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés”*.

El artº. 16 de dicha Directiva dispone, a su vez, que “A efectos del reconocimiento mutua y de la aplicación de la presente Directiva, cada Estado miembro elaborará la lista de mercados regulados de acuerdo con su legislación respecto a los cuales sea Estado de origen y comunicará dicha lista, a efectos de información, a los demás Estados miembros y a la Comisión, así como las normas d organización y de funcionamiento de dichos mercados regulados. Se comunicara de la misma forma toda modificación de la lista o de las normas anteriormente mencionadas. Al menos una vez al año, la comisión publicará en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas las listas de los mercados regulados y de sus actualizaciones. Antes del 31 de diciembre de 1996, la Comisión hará un informe sobre los datos así recibidos y, en su caso, propondrá modificaciones de la definición de mercado regulado a efectos de la presente Directiva”.

Este último supuesto debe ser puesto en relación con lo previsto por la norma de valoración 14ª del Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras de 1997, la cual establece que en las cesiones temporales de activos con pacto de recompra no opcional, se registrará en el pasivo la financiación recibida, contabilizando, al mismo tiempo, la correspondiente entrada en tesorería y sin dar de baja en el activo la inversión la inversión objeto de la transmisión cuyos rendimientos se recogerán contablemente. A efectos de lo dispuesto por el Reglamento, la “financiación recibida” apta para la cobertura de provisiones técnicas hay que entenderla referida a la tesorería a que hace mención el Plan Contable, la cual será tenida en cuenta a efectos de cobertura en sustitución de los activos cedidos.

También considera el Reglamento la posibilidad de que se trate de *valores negociables de renta fija o variable de nueva emisión*. En tal caso estos se consideran provisionalmente aptos para cobertura de provisiones técnicas desde el momento de su emisión, siempre que las entidades emisoras tuvieran valores de la misma clase emitidos con anterioridad y fueran aptos para cobertura de provisiones técnicas. No obstante perderán su aptitud para cobertura si en el plazo de un año desde su emisión no se llegasen a cumplir los requisitos requeridos, salvo resolución en contra de la Dirección General de Seguros.

b'. Los *valores negociables de renta fija o variable* de cualquier tipo, que no estén admitidos a negociación en los referidos mercados de la O.C.D.E., cuando hayan sido emitidos o avalados por organismos internacionales a los que pertenezca un Estado miembro del espacio económico europeo.

c'. *Valores de renta fija, no incluidos en los apartados anteriores*, siempre que se haya prestado garantía real o aval incondicional y solidario sobre dichos valores por parte de entidad de crédito o seguro por parte de una entidad aseguradora, que estén autorizadas para operar por medio de establecimiento en algún Estado miembro del espacio económico europeo, o cuando las acciones de la sociedad emisora se negocien en un mercado regulado.

d'. *Financiaciones concedidas a Entes Públicos* (Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales, sociedades estatales y demás entidades públicas) del espacio económico europeo.

Dichas financiaciones se admitirán siempre que ofrezcan garantías respecto a su seguridad, bien por la calidad del prestatario o bien por las garantías aportadas, con independencia de que se instrumenten o no en valores negociables, y de que se trate de financiaciones concedidas por la entidad aseguradora o de créditos adquiridos por ésta con posterioridad a la concesión de la referida financiación.

Las condiciones de admisión referidas a la calidad y garantías del prestatario es una especialidad de la normativa española, no incorporada a las Terceras Directivas, con el propósito de facultar al Órgano de Control para, en caso necesario, poder eliminar de la cobertura financiaciones concedidas a entes públicos que, como las Corporaciones Locales, pueden ofrecer tal diversidad de situaciones que hacen aconsejable discriminar cada supuesto y no conceder una admisión generalizada de tales financiaciones.

e'. Acciones y participaciones en instituciones de inversión colectiva y participaciones en fondos de titulización de activos, establecidas unas y otras en el espacio económico europeo y sometidas a coordinación de conformidad con la Directiva 85/611/CEE.

f'. Activos y derechos del mercado hipotecario emitidos por sociedades establecidas en el espacio económico europeo y negociados en mercados regulados de la O.C.D.E. Para el caso de valores de nueva emisión se aplicará la misma norma de aptitud transitoria referida en el caso de valores de renta fija y variable.

g'. Letras de cambio y pagarés cuando estén librados, aceptados, endosados sin cláusula de no responsabilidad o avalados por entidades de crédito autorizadas para operar por medio de establecimiento en algún Estado miembro del espacio económico europeo. También podrán garantizarse dichos activos mediante seguro prestado por entidades aseguradoras autorizadas para operar por medio de establecimiento en el ámbito territorial referido.

h'. Acciones de entidades de crédito, sociedades y agencias de valores y entidades aseguradoras y reaseguradoras en la medida en que estén sujetas a autorización y supervisión de una autoridad de control de cualquier Estado miembro del espacio económico europeo.

La admisión de las acciones de entidades aseguradoras y reaseguradoras es una novedad del vigente Reglamento ya que la normativa anterior no las admitía.

Aunque la redacción de la norma adolece de alguna falta de precisión, la exigencia de que se trate de entidades “sujetas a autorización y supervisión de una autoridad de control de cualquier Estado miembro del espacio económico europeo”, hay que entenderla referida a las entidades reaseguradoras, que pueden estar o no sometidas a dicha supervisión en función de los que disponga el Ordenamiento de cada Estado, mientras que en los demás casos de entidades aseguradoras, de crédito o sociedades y agencias de valores, la autorización y supervisión de las mismas se exige en todos los casos con carácter general.

i'. Acciones nominativas y participaciones de sociedades cuya actividad exclusiva consista en la gestión de activos por cuenta de entidades aseguradoras, cuando, al menos, el 90 por 100 del capital pertenezca a una o varias entidades aseguradoras.

b. Bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios.

Se regulan en el artº 50.10 del Reglamento de Ordenación.

a'. Los bienes inmuebles deberán reunir los siguientes requisitos:

1º. Deberá tratarse de suelo rústico o suelo que conforme a la legislación urbanística española se defina como urbano o urbanizable, edificios terminados, o de pisos o locales que, formando parte de aquéllos, constituyan fincas registrales independientes.

2º. Estar situados en el territorio de un Estado miembro del espacio económico europeo.

3º. Estar *inscritos en el Registro de la Propiedad* a nombre de la entidad aseguradora.

4º. Haber sido *tasados por los Servicios Técnicos de la Dirección General de Seguros o por entidad tasadora autorizada* para la valoración de bienes en el mercado hipotecario, con arreglo a las normas específicas para la valoración de inmuebles aptos para la cobertura de provisiones técnicas de las entidades aseguradoras aprobadas por el Ministro de Economía.

A efectos de tasación resulta de aplicación la Orden Ministerial de 27 de marzo de 2003 (Orden ECO/805/2003), sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras. Dicha Orden que ha derogado la de 30 de noviembre de 1994 que regulaba la materia, es aplicable a la garantía de las operaciones del mercado hipotecario, a la cobertura de provisiones técnicas de las entidades aseguradoras, a la determinación del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria y a la determinación del patrimonio inmobiliario de los fondos de pensiones.

5º.. En el caso de cuotas o *participaciones proindiviso*, deberán estar *registralmente identificadas* y ser *libremente transmisibles*. Cuando se trate de *plazas de aparcamiento* de automóviles, deberán ser anejas a la propiedad principal o, si no lo fuesen, habrán de estar registralmente identificadas y ser libremente transmisibles.

6º. Si se trata de *inmuebles hipotecados* y el gravamen afecta a varios bienes, deberá individualizarse la responsabilidad de cada uno.

7º. *Estar asegurados contra el riesgo de incendio y otros daños al continente*, por entidad distinta del titular del inmueble y por importe no inferior al valor de construcción fijado en la última tasación que se hubiese realizado. Cuando se produjera la revisión de una tasación anterior, o la tasación de un inmueble que fuere provisionalmente apto y se diera una situación de infraseguro, no podrá considerarse el nuevo valor hasta que se subsane dicha situación.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, se podrán afectar provisionalmente los *edificios en construcción o en rehabilitación*, siempre que la entidad aseguradora asuma formalmente el compromiso de finalizar la construcción o la rehabilitación en el plazo de cinco años, así como los inmuebles que estén en trámite de inscripción en el Registro de la Propiedad o pendientes de tasación durante un plazo máximo de un año.

Cuando se trate de *inmuebles situados fuera de España* se aplicarán de forma análoga y teniendo en cuenta la legislación propia de cada Estado, los criterios señalados anteriormente.

b'. Los derechos reales inmobiliarios aptos serán aquellos que se hubieran constituido sobre bienes inmuebles que reúnan los requisitos referidos en los párrafos

precedentes, salvo el de titularidad, y que se hallen *inscritos* a su nombre en el *Registro de la Propiedad*.

c'. En el caso de *inmuebles o derechos reales inmobiliarios pendientes de inscripción*, deberá existir un *seguro de caución* concertado con entidad aseguradora distinta a la titular del inmueble, o un *aval bancario* por importe no inferior al valor de *afección provisional*.

c. Créditos (artº. 50, números 11 a 19, del Reglamento de Ordenación)

a'. *Créditos hipotecarios*, siempre que se trate de primera hipoteca y esté constituida sobre inmuebles que reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior. Deberán cumplirse, además, todos los requisitos que resultaren exigibles por la regulación hipotecaria.

b'. *Créditos pignoratícios*, siempre que el objeto de la garantía fuese, a su vez, apto para cobertura de provisiones técnicas.

Este supuesto queda prácticamente reducido al caso en que se trate de garantía prendaria sobre valores negociables, ya que el resto de bienes muebles sobre los que podría darse tal tipo de garantía real, no tienen la cualidad de bienes aptos para la cobertura de provisiones técnicas.

c'. *Créditos o cuotas-parte de los mismos concedidos a sociedades domiciliadas en algún Estado miembro del espacio económico europeo cuyas acciones se hallen admitidas a negociación en un mercado regulado en el ámbito de la O.C.D.E.*

d'. *Créditos garantizados por entidad de crédito o aseguradora autorizadas para operar por medio de establecimiento en algún Estado miembro del espacio económico europeo.*

e'. *Créditos frente a los reaseguradores por su participación en la provisión de prestaciones*, en la parte en que no hubiesen recibido depósito por razón de las mismas.

Como antes se indicó el asegurador directo tienen la obligación legal de cubrir la totalidad de las provisiones técnicas del seguro directo y del reaseguro aceptado, sin deducción alguna en concepto de reaseguro cedido o retrocedido, toda vez que también responde de la totalidad de las obligaciones que pudieran devenirle de los contratos concertados, sin que pueda esgrimir excepción alguna frente a los asegurados y entidades reaseguradas basada en la posible existencia de la cesión de riesgos en reaseguro.

Ahora bien, si el asegurador transfiriera al reasegurador la totalidad de las primas cedidas, aquel carecería de recursos financieros para cubrir una parte de sus provisiones técnicas, precisamente aquella que se corresponde con las provisiones técnicas a cargo del reasegurador. Para evitar tal situación se suele contemplar en los contratos de reaseguro la posibilidad de que el asegurador directo retenga, en concepto de depósito, parte de las primas cedidas con el fin de cubrir la provisión de primas no consumidas a cargo del reasegurador, pero no suele ser frecuente que se permita tal retención para

hacer frente a la cobertura de la provisión de prestaciones pendientes, para lo cual resulta necesario arbitrar otras soluciones normativas. En cualquier caso, siempre que se produzca la mencionada retención de fondos y el consiguiente depósito en poder del asegurador, dicho depósito, que constará en el pasivo de su balance como una deuda con el reasegurador, estará representado por los correspondientes bienes de activo, generalmente tesorería, que serán los que podrán aplicarse a la cobertura de las provisiones.

Para solventar el problema que se plantea cuando se trata de la provisión de prestaciones el Reglamento de Ordenación de 1985, como excepción a la regla general de que las provisiones técnicas debían estar cubiertas en su totalidad sin deducción alguna por reaseguro cedido, permitía que las provisiones técnicas para prestaciones pendientes imputables al reaseguro cedido pudieran deducirse de la cifra total de provisiones a cubrir.

En la normativa vigente al establecerse de manera tajante la obligatoriedad de que las provisiones técnicas se cubran por su importe íntegro, sin deducción alguna por reaseguro cedido sin excepciones, se permite que la provisión técnica por prestaciones del reaseguro cedido, que constará en el activo del asegurador como un crédito frente al reasegurador, pueda considerarse como bien apto para cobertura.

Así pues, mientras en la legislación anterior las provisiones técnicas de prestaciones pendientes a cargo del reaseguro se deducían de la suma total de provisiones a cubrir, en el Reglamento vigente no se permite tal deducción pero se admite como bien apto para cobertura el importe de las referidas provisiones. No obstante, como a veces los contratos de reaseguro pueden contemplar la posibilidad de constituir depósitos para cubrir la provisión de prestaciones, es por lo que el Reglamento dispone que esta última solo será considerada como apta para cobertura en la parte en que no se hubiese recibido depósito por razón de la misma, toda vez que en este caso la cobertura deberá estar garantizada, según se indicó, por los bienes en que estén materializados dicho depósito.

Por último, el Reglamento establece un cierto criterio para verificar la solvencia de la entidad reaseguradora a efectos de admitir o no la provisión técnica de prestaciones del reaseguro cedido como bien apto para cobertura. Así, en principio, no se ponen trabas a las entidades reaseguradoras domiciliadas en el ámbito territorial de la O:C:D:E:, pero, en cambio, cuando la reaseguradora tuviese su sede social fuera dicho ámbito territorial las provisiones de prestaciones del reaseguro cedido solo se computarán aptas para cobertura *“cuando la entidad acredite que aquélla ha sido calificada como solvente por parte de una agencia de calificación de reconocido prestigio”*.

f. Depósitos en empresas cedentes por razón de operaciones de reaseguro aceptado.

En el caso de operaciones de reaseguro aceptado los depósitos retenidos por las entidades cedentes constituyen un crédito del reasegurador contra estas últimas y como tal constará en el activo del balance de éste. Su admisión para cobertura de provisiones técnicas parece lógica toda vez que el reasegurador, al permitir que el cedente retenga parte de las primas cedidas, renuncia a los recursos financieros que le servirían

inicialmente para hacer frente a su obligación de cobertura, permitiendo con ello que el cedente retenga en su patrimonio recursos que le serán válidos para hacer frente a sus propias obligaciones de cobertura.

g' Créditos contra la Hacienda Pública por liquidaciones y por retenciones a cuenta del *Impuesto sobre Sociedades* correspondientes a rendimientos de inversiones afectas a la cobertura de provisiones técnicas y por otros tributos debidamente liquidados, netos de las obligaciones devengadas de la entidad con la misma Hacienda Pública.

h' Créditos por intereses, rentas y dividendos devengados y no vencidos, así como los que estando vencidos y pendientes de cobro no estén afectados por probable incobro, siempre que en todos los casos procedan *de activos aptos*. El importe de tales créditos se acumulará al valor de los mencionados activos a los efectos de aplicación de las normas sobre cobertura de provisiones técnicas.

i' Recobros de siniestros en los ramos de crédito y caución en las condiciones que, en su caso, establezca el Ministro de Economía y Hacienda.

Las indicadas condiciones fueron establecidas por la O.M. de 23 de diciembre de 1998 que desarrolló determinados preceptos del Reglamento de Ordenación.

No obstante conviene indicar previamente que el Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras, por un lado, admite como partida del activo (cuenta 444) la de *“deudores por recobros de siniestros”* la cual recogerá el importe de los créditos contra terceros responsables de daños que hayan dado lugar al pago de indemnizaciones por siniestro, o contra los aseguradores de dichos terceros responsables de acuerdo con las Normas de Valoración.

Por otro lado, en el nº 3 de la Norma de Valoración 6ª se dispone que cuando se trate de créditos por recobros de siniestros, por aplicación del principio de prudencia, solo podrán activarse aquellos cuya realización se halle suficientemente garantizada a la fecha de la formulación de cuentas y que, en ningún caso procederá la activación de recobros en función de estimaciones efectuadas con base en la experiencia de la entidad, *a salvo de lo que se disponga al respecto en normas específicas*.

De acuerdo con lo anterior, la citada O.M. establece una excepción a la regla general de valoración antes descrita y dispone en su nº 7 que *“se podrán activar los recobros por parte de aquellas entidades que operen en el seguro de crédito y caución, utilizando para ello métodos estadísticos que cumplan los requisitos que, para la provisión de prestaciones, se establecen en los apartados 1 y 3 del artículo 43 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”*.

Además, dicha O.M. dispone la necesidad de que con periodicidad no superior a dos años se efectúe la valoración por experto independiente contrastando la bondad de los cálculos realizados, y de que en la memoria de las cuentas anuales deberán explicarse detallada y justificadamente las hipótesis y métodos de cálculo utilizados.

Una vez calculados los recobros activables, con arreglo a las normas antedichas la indicada O.M. permite que a efectos de su valoración para cobertura de provisiones técnicas se computen los recobros en el 80 por ciento del importe activado.

d.- Tesorería y depósitos bancarios (artº. 50, números 20 a 22, del Reglamento de Ordenación)

a'. Efectivo en caja, billetes de banco o moneda metálica que se negocien en mercados de divisas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

b'. Depósitos en entidades de crédito autorizadas para operar por medio de establecimiento en algún Estado miembro del espacio económico europeo.

d'.. Cheques de cuentas corrientes no perjudicados, emitidos o garantizados por entidades de crédito autorizadas para operar por medio de establecimiento en algún Estado miembro del espacio económico europeo.

2.5.7. Titularidad y situación de las inversiones

Por lo que se refiere a la titularidad, el artº 51.1 del Reglamento de Ordenación exige que la entidad aseguradora tenga “*la titularidad y la libre disposición sobre los bienes y derechos en que se materialice la inversión de las provisiones técnicas*”.

Ha sido éste un requisito exigido habitualmente por la legislación sectorial. Así el artº 14 del Decreto de 12 de septiembre de 1970, que regulaba la inversión de las reservas técnicas, exigía el “pleno dominio” y la “libre disposición” de los bienes y valores, criterio que se mantuvo en el artº 14 del Real Decreto de 2 de junio de 1978, sobre la misma materia⁴⁴⁶. Idéntica terminología fue utilizada por el artº 73.1 del Reglamento de ordenación de 1985. El Reglamento vigente ha substituido el término “pleno dominio” por el de “titularidad”, concepto éste que, no obstante, también era utilizado por las normas anteriores en el título de los respectivos preceptos.

El Reglamento también dispone que, no obstante lo antes indicado, también se admitirán los bienes consignados en los tribunales por contratos de seguro a cuenta de los importes definitivos a satisfacer por parte de la entidad, con el límite de la provisión para prestaciones constituida para tales compromisos.

⁴⁴⁶ No obstante la dicción literal de las normas, un sector de la doctrina interpretaba que tales expresiones no excluían los bienes gravados con cargas reales, pues las propias normas admitían, por ejemplo, loa bienes gravados con hipoteca. Se trataba de “eliminar los supuestos del llamado dominio dividido, que dificultaría la fácil realización y valoración de los bienes, es decir el usufructo (que contrapone al usufructuario y al nudo propietario), (...) y el censo enfiteúutico (que contrapone el dominio directo y el dominio útil) (...), en los censos consignativos y reservativos (...) no hay división del dominio, sino que el pleno dominio corresponde al censatario que paga el canon o pensión del censo; por tanto los bienes gravados con estos censos debe entenderse que son aptos para la cobertura de reservas.” DEL CAÑO ESCUDERO. Fernando. “Derecho Español de Seguros”, 2ª. Edición, p. 126. Madrid 1974. Idem. 3ª edición, pp. 159 y 160. Madrid. 1983.

En cuanto a la situación de los bienes y derechos aptos para cobertura el artº 51.2 del Reglamento exige que “*deberán hallarse situados en Estados miembros del espacio económico europeo*”, con la excepción de los créditos frente a reaseguradores, que siendo, como antes se indicó, aptos para cobertura, no puede exigirse su situación en un espacio territorial determinada dada la naturaleza internacional de la actividad reaseguradora y la diversidad de países en que las entidades pueden tener su sede social. Hasta la entrada en vigor de la vigente normativa la regla general había sido exigir que los bienes y derechos representativos de la inversión de las provisiones técnicas estuvieran situados en España (artº 22 de la Ley de 16 de diciembre de 1954; artº 1.1 del Decreto de 12 de septiembre de 1970 y del Real Decreto de 2 de junio de 1978; y artº 73.2 del Reglamento de 1 de agosto de 1985 –salvo concretas excepciones-).

También establece el indicado precepto que , en los casos en que por su naturaleza así se requiera, “*la Dirección General de Seguros, motivadamente, podrá autorizar su situación fuera del ámbito territorial antes mencionado*”. Esta excepción estaba también contemplada en el Reglamento de 1985, aunque la autorización correspondía al “Ministerio de Economía y Hacienda”.

Las razones que impulsan a exigir que las inversiones estén situadas en un espacio territorial determinado son las mismas, tanto cuando se trataba del territorio español como ahora que dicho territorio es el del Espacio Económico Europeo. Es esta una muestra más de la expansión que, en relación con la eficacia y aplicabilidad de las normas, ha sufrido el concepto de territorio en el ámbito de los Estados adheridos a la Unión Europea, Y se sigue exigiendo, en este caso, la ubicación de los bienes en un espacio territorial determinado sobre el que, en garantía de los derechos de los asegurados, pueda ejercerse por las autoridades de supervisión con más facilidad el control sobre la disposición de los mismos cuando el caso lo requiera, y especialmente cuando se trate de actuaciones como la imposición de la medida de control especial, prevista en el artº 39.2.a) de la Ley de Ordenación, consistente en la prohibición de disponer de los bienes afectados por la indicada medida de control, en la que además del depósito de los bienes o inscripción de la medida en los registros públicos correspondientes, es posible que deba acudir a la colaboración de las autoridades de supervisión de los países miembros de dicho Espacio Económico. Evidentemente si los bienes estuvieran situados fuera de dicho espacio territorial no sería posible adoptar medida alguna al no existir instrumentos jurídicos adecuados para tal fin en virtud del principio de aplicación territorial de las leyes.

En relación con todo lo anterior, de acuerdo con lo previsto por el artº 51.3 del Reglamento, el “lugar de situación” de los bienes y derechos afectos a la cobertura de provisiones técnicas se determinará con arreglo a las siguientes reglas:

- 1º. *Bienes inmuebles*: el lugar en el que se encuentren ubicados.
- 2ª. *Derechos reales inmobiliarios*: el lugar en que se encuentren ubicados los inmuebles sobre los que se hubieren constituido.
- 3ª. *Valores negociables*: el domicilio del depositario de los valores.

A estos efectos conviene indicar que el artº 53.4 del Reglamento exige que los valores negociables afectos a la cobertura de las provisiones técnicas deben estar “*depositados en intermediarios financieros autorizados para operar por medio de establecimiento en algún Estado miembro del espacio económico europeo*”.

Cuando se trate de valores representados por medio de anotaciones en cuenta, el “lugar de situación” de los mismos será el de la entidad encargada de su registro contable, salvo que necesite estar garantizado por establecimiento de crédito, en cuyo caso será el domicilio de éste, y cuando se trate de anotaciones en cuenta cuyo registro contable se realice fuera del espacio económico europeo y dentro de la O.C.D.E., el nº 4 del indicado artº 53 también exige que tales anotaciones en cuenta estén “*organizadas o avaladas por una entidad de crédito autorizada para operar por medio de establecimiento en algún Estado miembro del espacio económico europeo*”.

4ª. *Otros derechos negociables no incorporados a títulos*: el domicilio del emisor.

5ª. *Participaciones en instituciones de inversión colectiva*: el domicilio del depositario.

6ª. *Depósitos*: el lugar donde esté situado el establecimiento en que se hayan constituido.

7ª *Créditos con garantía real*: el del lugar donde la garantía pueda ejecutarse.

8ª *Créditos con garantía de entidad de crédito o aseguradora*: el lugar donde se sitúe el establecimiento garante.

9ª. *Otros créditos*: el domicilio del deudor.

2.5.8. Valoración de las inversiones de las provisiones técnicas

A. Introducción

La secuencia lógica que desde el punto vista de la solvencia de las entidades aseguradores supone el adecuado cálculo de las provisiones técnicas, su correcta contabilización y su necesaria materialización en bienes de inversión aptos para cobertura, no se vería completada si estos últimos no tuvieran normas claras de valoración que, en definitiva, son las que expresarán si estos son o no suficientes para garantizar dichas provisiones y cumplir con la exigencia establecida al efecto por el artº 16.1 de la Ley de Ordenación.

No obstante debemos indicar al respecto que en el Derecho del Seguro Privado conviven dos sistemas de valoración patrimonial diferentes según se trate de las normas de valoración contable, concebidas bajo el principio de empresa en funcionamiento y establecidas por el Plan de Contabilidad sectorial de 1997, o de las normas de valoración patrimonial aplicables a la cobertura de provisiones técnicas que se establecen bajo el principio de empresa en liquidación ya que lo que se trata es de poner de manifiesto si “en un momento dado” la entidad tiene o no la solvencia suficiente para hacer frente a los compromisos asumidos con sus asegurados reflejados en las provisiones técnicas.

Por ello el artº 52.1 del Reglamento establece que a efectos de cobertura de las provisiones técnicas los bienes y derechos en que se materialicen las mismas se valorarán de acuerdo con lo establecido al efecto por dicho precepto y solo “*en su defecto, se aplicarán las normas de valoración del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras*”.

B. Normas de valoración

Las normas específicas para la valoración de los activos aptos para la inversión de las provisiones técnicas, se contienen en el artº 52.1⁴⁴⁷ del Reglamento, a cuyos efectos éste distingue entre cinco tipos de bienes y derechos:

- a. Valores y derechos negociables,
- b. Acciones y participaciones de sociedades cuyo objeto social sea la gestión de activos por cuenta de entidades aseguradoras ,
- c. Créditos hipotecarios o pignoraticios,
- d. Bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios, e
- e. Instrumentos derivados.

⁴⁴⁷ a) Valores y derechos negociables: *se valorarán por su valor de mercado, tal y como se define en el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, salvo que se trate de valores asignados a operaciones realizadas conforme a lo previsto en el apartado 2, del artículo 33, en cuyo caso se valorarán por el valor que figure en contabilidad.*

Cuando se trate de valores o derechos adquiridos con pago aplazado, se computarán netos de dichos desembolsos.

b) Acciones y participaciones de sociedades cuyo objeto social sea la gestión de activos por cuenta de entidades aseguradoras: *se computarán por su valor liquidativo. Para determinar este valor, únicamente se tendrán en cuenta los activos que, de acuerdo con este Reglamento, tuvieran la condición de aptos para cobertura de provisiones técnicas, y se computarán según las normas de valoración y los límites de dispersión y diversificación establecidos en este Reglamento.*

c) Créditos hipotecarios o pignoraticios: *se computarán por el importe de su valor actual, con el límite del valor de la garantía, utilizando para la actualización la tasa de interés de la Deuda del Estado de duración más próxima a la residual del crédito.*

d) Bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios: *los inmuebles se computarán por su valor de tasación, y los derechos reales de usufructo, uso y habitación por su valor financiero-actuarial. En caso de inmuebles o derechos reales inmobiliarios hipotecados o adquiridos con pago aplazado, el valor apto para cobertura será el resultante de deducir, respectivamente, del valor referido con anterioridad, el importe de la responsabilidad hipotecaria pendiente o el valor actual de la parte aplazada del precio que se halle pendiente de pago y, en su caso, el valor correspondiente a la condición resolutoria que la garantice, las servidumbres, gravámenes y, en general, derechos reales limitativos del dominio, teniendo en cuenta, además, la repercusión sobre el valor de los arrendamientos que pesen sobre ellos. Se utilizará para la actualización la tasa de interés de la Deuda del Estado de duración financiera más próxima a la residual de la respectiva obligación.*

Cuando se trate de inmuebles en construcción o en rehabilitación, la entidad podrá incorporar a la valoración inicial el importe de las certificaciones de obras en la medida en que se vayan abonando y respondan a una efectiva realización de las mismas. Los pendientes de inscripción o tasación se valorarán, en su caso, por su precio de adquisición, con las deducciones establecidas en el párrafo precedente.

e) Los instrumentos derivados, *tales como opciones, futuros y permutas financieras relacionadas con bienes y derechos aptos para la inversión de las provisiones técnicas, se tendrán en cuenta en la valoración de los citados activos en la medida en que constituyan operaciones de cobertura de los riesgos inherentes a tales activos, tal y como dichas operaciones se contemplan en el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras.*

Los instrumentos derivados, tales como opciones, futuros y permutas financieras relacionadas con bienes y derechos aptos para la inversión de las provisiones técnicas, no son por sí mismos activos aptos para la inversión de las provisiones técnicas aunque, según lo establecido por el indicado precepto reglamentario, sí serán tenidos en cuenta para valorar los citados activos en la medida en que aquellos constituyan operaciones de cobertura de los riesgos inherentes a tales activos, tal y como dichas operaciones se contemplan en el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, el cual en su Norma de Valoración 13^a establece los requisitos que deben de concurrir en una operación para que sea calificable como de cobertura.

Así mismo los números 4, 5 y 6 de la O.M. de 23 de diciembre de 1998, referidos a los instrumentos derivados, regulan detenidamente su tipología, límites de dispersión por riesgo de contraparte y requisitos específicos para operar con dichos instrumentos cuando no se hayan negociado en mercados regulados.

Finalmente conviene indicar que el n° 2 del indicado artículo 52 establece un elemento de corrección para el cálculo de las valoraciones al disponer que de éstas se deducirán cuantos gastos y tributos indirectos, previsiblemente y conforme a una valoración prudente de su importe, pudieran originarse en la transmisión o realización, así como las deudas contraídas para la adquisición de los mismos.

2.5.9. Límites de diversificación y dispersión

Se trata de cautelas para evitar una excesiva concentración de riesgos en determinados tipos de inversiones que pudiera poner en peligro, en un momento determinado, la finalidad de garantía que dichas inversiones representan para hacer frente a las obligaciones expresadas en las provisiones técnicas.

Por diversificación debe entenderse que las inversiones en cada una de las categorías de activos no superen los límites establecidos al respecto y por dispersión que, dentro de cada categoría, un determinado tipo de activo no supere tampoco los límites marcados.

A tales efectos el artº 53.1 del Reglamento establece que *“el valor máximo de los bienes y derechos a computar para cobertura de provisiones técnicas no podrá exceder de los límites que se establecen para cada categoría de ellos”*. Dichos límites⁴⁴⁸ se

⁴⁴⁸ 1. Bienes inmuebles, derechos reales inmobiliarios y participaciones en fondos de inversión inmobiliaria.

La inversión en un solo inmueble o en un derecho real inmobiliario se computará como máximo hasta el límite del 10 por 100 de las provisiones técnicas a cubrir. El indicado límite será, asimismo, aplicable cuando se trate de inmuebles y derechos reales inmobiliarios lo suficientemente próximos y de similar naturaleza como para que puedan considerarse como una misma inversión.

El importe acumulado en esta categoría de activos se computará como máximo hasta el 45 por 100 de las provisiones técnicas a cubrir. No obstante, la Dirección General de Seguros podrá autorizar el cómputo de este tipo de activos en porcentaje superior al señalado.

2. Caja y cheques. El efectivo en caja y los cheques al cobro no perjudicados se computarán como máximo por el 3 por 100 de las provisiones técnicas a cubrir.

3. Resto de activos aptos. Cuando se trate de valores o derechos mobiliarios emitidos por una misma empresa, o de créditos concedidos al mismo prestatario, o avalados o garantizados por el mismo garante, el importe conjunto a computar no excederá del 5 por 100 de las provisiones técnicas a cubrir. Este límite será del 10 por 100 si la entidad aseguradora no invierte más del 40 por 100 de las

regulan (núms. 2, 3, y 4 del indicado precepto) en función de las tres grandes categorías de activos en que éstos quedan divididos a dichos efectos: a) bienes inmuebles, derechos reales inmobiliarios y participaciones en fondos de inversión inmobiliaria; b) caja y cheques; y c) resto de activos aptos.

Cuando se trate de entidades que operen simultáneamente en el ramo de vida y en ramos distintos al de vida el Reglamento exige que los límites de diversificación y de dispersión se apliquen por separado a cada una de dichas actividades.

Por último conviene señalar que el párrafo final del artº 53 contempla el supuesto en que una entidad aseguradora posea acciones o participaciones en el capital social de otra sociedad instrumental dedicada a la gestión de activos por cuenta de entidades aseguradoras, cuando, al menos, el 90 por 100 del capital pertenezca a una o varias entidades aseguradoras.

En tal caso para el cómputo de los límites de diversificación y dispersión anteriores, se acumularán al valor de cada categoría de activos de los que sea titular directamente la entidad el que resultara de computar los activos correspondientes a las sociedades dependientes en función de su porcentaje de participación. En consecuencia, la entidad aseguradora añadiría a cada uno de sus activos aptos para cobertura los que de la misma naturaleza figuraran en el balance de la sociedad instrumental, y por el porcentaje de participación que aquella tuviera en el capital de esta última, aplicándose a la suma resultante en cada caso los límites de diversificación y dispersión establecidos.

No obstante lo anterior, el propio precepto citado exime de los límites de diversificación y dispersión a los siguientes tipos de activos, en función de sus especiales peculiaridades:

1ª. Inversiones en instituciones de inversión colectiva.

2ª. Depósitos en empresas cedentes por razón de operaciones de reaseguro aceptado.

provisiones técnicas a cubrir en títulos o créditos correspondientes a emisores y a prestatarios o garantes en los cuales se supere el 5 por 100 citado.

En el caso de inversiones de las señaladas en el párrafo anterior en empresas del mismo grupo, se acumularán las mismas y, respetando los límites del 5 por 100 y del 10 por 100 para cada una de las empresas, se computarán dichas inversiones hasta el 10 por 100 y 20 por 100, respectivamente.

No obstante lo anterior, tratándose de depósitos en entidades de crédito y de inversiones en valores o derechos mobiliarios excluidas las acciones, de una sola entidad de crédito o aseguradora, así como en créditos concedidos a o avalados o garantizados por la misma, sólo estará sometida a un límite conjunto del 40 por 100 de las provisiones técnicas a cubrir. En el caso de inversiones de las mencionadas anteriormente en empresas del mismo grupo, y respetando el límite anterior para cada entidad, se computarán las mismas hasta el 60 por 100 de las provisiones técnicas a cubrir.

La inversión en valores o derechos mobiliarios que no se negocien en mercado regulado no podrá computarse por un importe superior al 10 por 100 del total de las provisiones técnicas a cubrir.

Los créditos o cuotas-parte de los mismos concedidos a sociedades domiciliadas en algún Estado miembro del espacio económico europeo cuyas acciones se hallen admitidas a negociación en un mercado regulado en el ámbito de la O.C.D.E., que no estén garantizados ni avalados, se computarán por un importe máximo del 5 por 100 de las provisiones técnicas a cubrir, sin que pueda superarse el límite del 1 por 100 para un solo deudor. No estarán sometidos a tales límites los créditos otorgados a entidades de crédito o aseguradoras, o avalados o garantizados por ambas.

3ª. Créditos correspondientes a la participación de los reaseguradores en la provisión de prestaciones.

4ª. Créditos contra la Hacienda Pública por liquidaciones del Impuesto sobre Sociedades y por retenciones a cuenta del mismo impuesto correspondientes a rendimientos de inversiones afectas a la cobertura de provisiones técnicas y por otros tributos debidamente liquidados, netos de las obligaciones devengadas de la entidad con la misma Hacienda Pública.

5ª. Activos financieros emitidos por organizaciones internacionales a las que pertenezcan Estados miembros del espacio económico europeo, ni en este mismo ámbito los emitidos por Estados, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales o entidades públicas de estos dependientes.

Pueden aquí reproducirse los comentarios expresados al referirnos a las financiaciones concedidas a las Corporaciones Locales, al tratar el apartado de los bienes aptos para la inversión de las provisiones técnicas.

Tampoco serán de aplicación los límites de diversificación y dispersión cuando se trate de activos destinados a cubrir las provisiones técnicas donde el riesgo de inversión lo asume íntegramente el tomador del seguro, según prescribe el artº 54 del Reglamento.

2.5.10. Reglas de congruencia a efectos de cobertura de provisiones técnicas

A. Principio general

El principio de congruencia, exigido para la inversión de las provisiones técnicas por el artº 49.1 del Reglamento, es desarrollado por el artº 55 del mismo.

Así, en el apartado 1 de dicho artículo se establece el principio de congruencia monetaria estimándose éste cumplido cuando “*la moneda en que sean realizables los activos se corresponda con la moneda en que sean exigibles las obligaciones derivadas del cumplimiento de los contratos de seguro y reaseguro suscritos*”. La exigencia de la congruencia monetaria tiene como finalidad que los bienes y derechos afectos a la cobertura de provisiones técnicas no se vean afectados por los riesgos de cambio monetario.

B. Determinación de la moneda en que son realizables activos

El artº 55.2 del Reglamento dispone a estos efectos que se considerará moneda de realización:

1º. *En los créditos, valores y derechos mobiliarios*, la moneda en la que estén denominados, salvo que el reembolso se haya establecido en otra moneda, en cuyo caso prevalecerá esta.

2º. *En los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios*, la moneda del Estado en el que se hallen situados los inmuebles.

3º. Cuando exista un contrato de seguro de cambio o de permuta de divisas se tendrá en cuenta esta circunstancia para la determinación de la moneda de realización.

C. Excepciones al principio de congruencia

La aplicación de la congruencia monetaria es difícil conseguirla completamente en todos los supuestos. Por ello el Reglamento en su artº 55.3, siguiendo lo dispuesto en las Directivas Comunitarias admite la inversión de las provisiones técnicas en activos no congruentes cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. Que para cumplir con el principio de congruencia, la entidad debiera contar con bienes de activo expresados o realizables en una moneda determinada por importe no superior al 7 por 100 de los activos expresados o realizables en otras monedas.

2ª. Que el importe de los activos no congruentes no supere el 20 por 100 de los compromisos expresados en la correspondiente moneda.

3ª. Que las obligaciones sean exigibles en una moneda que no sea la de algún Estado miembro del espacio económico europeo, y esta moneda se halle sometida a restricciones en su transferencia o, por razones análogas, no resulte aquella apta para la inversión de las provisiones técnicas.

4ª. Por último, conviene indicar que el artº 55.4 del Reglamento establece que se entenderá cumplido el principio de congruencia “*cuando las provisiones técnicas deban hallarse cubiertas por activos realizables en la moneda de un Estado miembro del espacio económico europeo y los activos afectos a las mismas sean realizables en ecus*”.

En este último supuesto la referencia hecha a “*ecus*” debe entenderse referida a euros a partir de 1 de enero de 1999, fecha en que el ecu, como unidad de cuenta definida por una “*cesta*” de monedas, es sustituido por el euro como moneda propiamente dicha, y ello en función de lo establecido por el Reglamento CEE de 17/6/1997 el cual obliga a que, a partir de dicha fecha, las referencias a ecus que consten en cualquier instrumento jurídico deberán entenderse realizadas a euros.

2.6. Cobertura consolidada de provisiones técnicas

2.6.1. Legalidad de la exigibilidad de la cobertura

La exigencia de la cobertura de provisiones técnicas a un grupo consolidable, establecida por el artº 56 del Reglamento, podría, como ha señalado un sector de la doctrina, ser considerada como una extralimitación de la norma reglamentaria toda vez que no encuentra apoyo en la Ley de Ordenación la cual, en su artº 16, al regular las provisiones técnicas no hace referencia alguna a la obligación de constitución y cobertura de éstas por parte de los grupos consolidables. No ocurre lo mismo con el Margen de Solvencia cuya exigencia está explícitamente establecida para los grupos consolidables por los arts. 17.3 a 6 y 20.2 de la citada Ley.

La expresa y nada incidental referencia de la Ley a la exigibilidad del Margen de Solvencia para los grupos consolidables contrasta con la ausencia de toda mención a la necesidad de cobertura de las provisiones técnicas en tal supuesto, razón por la cual podría entenderse que el silencio de la Ley al respecto es consciente y que lo que pretendió es no imponer tal obligación⁴⁴⁹.

Pero carece de sentido exigir el margen de solvencia consolidado, que trata de garantizar los aspectos dinámicos de la solvencia, sin exigir para el mismo supuesto la cobertura de las provisiones técnicas que garantizan la solvencia estática, necesaria para hacer frente a las obligaciones derivadas de los compromisos ya adquiridos a una fecha determinada (en el caso que nos ocupa la de formulación del balance consolidado)⁴⁵⁰,⁴⁵¹. Por ello, a pesar de la apariencia, creemos que se trata de un *lapsus legis* que ha sido subsanado por el Reglamento y que aunque la regulación del tema por parte de éste no encuentre una referencia expresa en el texto de la Ley sí creemos que encuentra apoyo en su Disposición Final Segunda cuando, al regular la potestad reglamentaria aplicable al contenido de la misma, establece que corresponde al Gobierno desarrollar dicha Ley en las materias que se atribuyen expresamente a la potestad reglamentaria “*así como, en general, en todas aquéllas susceptibles de desarrollo reglamentario en que sea preciso para su correcta ejecución, mediante la aprobación de su Reglamento y las modificaciones ulteriores del mismo que sean necesarias*”. La “correcta ejecución” de la Ley y su finalidad de “tutelar los derechos de los asegurados” reconocida en su artº 1.1 requieren la completa aplicación de los instrumentos técnicos, económicos y contables (provisiones técnicas y margen de solvencia) que garantizan los compromisos adquiridos por los aseguradores frente a los tomadores, asegurados y beneficiarios, y tal finalidad quedaría incumplida, en el presente caso, si se exigiera solo la cobertura de provisiones técnicas y la constitución del margen de solvencia cuando se trate de entidades independientemente consideradas y, en cambio, cuando se trata de grupos consolidables únicamente se exigiera el cumplimiento del citado margen pero no el de la cobertura de las provisiones técnicas, quedando en tal supuesto solo parcialmente garantizada la indicada finalidad de tutela de los derechos de los asegurados.

⁴⁴⁹ MAESTRO. José Luis. “*Garantías técnico financieras...*”. Op. cit. pp. 327 a 329.

⁴⁵⁰ Opinión también manifestada por MAESTRO, José Luis. Idem. Nota 57.

⁴⁵¹ Siguiendo a LATORRE LLORENS podemos decir que: “El concepto de solvencia presenta dos acepciones distintas según se refiera a la solvencia estática o a la solvencia dinámica. La primera es la capacidad del asegurador para hacer frente a las obligaciones derivadas de los compromisos ya adquiridos; se trata, por tanto, de que las provisiones para riesgos en curso, matemáticas y para prestaciones pendientes, estén bien calculadas e invertidas en valores realizables por importe suficiente. La solvencia dinámica es la capacidad del asegurador para cumplir los compromisos que puedan aparecerle como consecuencia de su actividad futura. La solvencia estática contempla la capacidad del asegurador en un momento dado para pagar las indemnizaciones derivadas de las primas contabilizadas.” Por otra parte, los medios para lograr la solvencia dinámica “consisten en la exigencia de garantías financieras por encima de las provisiones técnicas de primas y de prestaciones y son fundamentalmente el margen de solvencia y las provisiones para desviación de siniestralidad -(hoy denominadas provisiones de estabilización)-, es decir elementos del patrimonio del asegurador que no están afectados a los compromisos contraídos en virtud de las primas ya emitidas”. LATORRE LLORENS, Luis. “*Teoría de riesgo y sus aplicaciones a la empresa aseguradora*”, p.25. Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. EDITORIAL MAPFRE. S.A. Madrid 1992.

2.6.2. Régimen reglamentario de la exigencia de cobertura

A) Planteamiento general

El artº 56 del Reglamento dispone al respecto que “*las provisiones técnicas del conjunto de entidades de un grupo consolidable que resulten de realizar el balance consolidado deberán estar cubiertas*”.

Parte el Reglamento, para exigir la cobertura de las provisiones técnicas, de la previa formulación del balance consolidado sin que haga indicación alguna sobre el momento de tal formulación. Por ello cabe pensar que en el requerimiento del precepto reglamentario caben tanto el balance consolidado anual, como el semestral (artº 66.4 del Reglamento que regula las obligaciones contables de las entidades aseguradoras) o el que pudiera ser exigido por los órganos competentes, en el uso de sus atribuciones.

Nada se dice expresamente sobre la obligatoriedad del cálculo y contabilización de las provisiones técnicas (exigidos a las entidades por el artº 16.1 de la Ley) pero cabe considerar que tal obligación se encuentra implícita en la de cobertura y en la propia mecánica de la consolidación contable que, con las correcciones y eliminaciones más adelante referidas, tiene su origen en las cuentas recogidas en los estados contables del balance y la cuenta de resultados de cada una de las entidades sujetas a consolidación.

B. Obligación de cobertura permanente

Tampoco hace el Reglamento referencia alguna a si la obligación de cobertura consolidada ha de ser mantenida “en todo momento”. Tal obligación se establece para las entidades, individualmente consideradas, en el artº 16.1 de la Ley y en el artº 49.3 del Reglamento, pero ninguna de las dos normas hace referencia expresa al carácter permanente de dicha obligación por parte de los grupos consolidables. En cambio, como veremos más adelante, cuando se trata del margen de solvencia tanto la ley como el Reglamento sí exigen dicho carácter de permanencia en el caso de los grupos consolidables (artº 17.3 de la Ley y artº 58.2 del Reglamento), al igual que para las entidades individuales (artº 17.1 de la Ley y artº 58.1 del Reglamento).

Cabría considerar que la ausencia de referencia normativa expresa priva de base legal a la posibilidad de exigir la cobertura de las provisiones técnicas “en todo momento” en el caso de grupos consolidables, ya que al no estar tampoco contemplada dicha obligación en el Reglamento no podemos acudir, en el sentido anteriormente expuesto, a la habilitación conferida por la Disposición Final Segunda de la Ley que regula el ámbito de la potestad reglamentaria en la ejecución de la misma. No obstante, pensamos que son aquí de aplicación los argumentos antes citados -para justificar la exigencia reglamentaria de la cobertura de provisiones técnicas a los grupos consolidables-; y ello desde el punto de vista de que, como antes quedó indicado, carece de sentido exigir que deba disponerse “en todo momento” del margen de solvencia consolidado, que garantiza la solvencia dinámica, pero en cambio no exigir tal requisito a la cobertura consolidada de provisiones técnicas, que garantiza la solvencia estática a una fecha determinada, en este caso la del balance de consolidación, quedando incumplida así la finalidad tutelar de los derechos de los asegurados reconocida en el artº 1.1 de la Ley.

Pero es que, además, creemos que tal interpretación se encuentra amparada por lo prevenido en el primer párrafo del artº 20.2 de la Ley que impone a las entidades aseguradoras la obligación de consolidar sus estados contables con el fin de garantizar “*el cumplimiento del margen de solvencia y, en su caso, de las demás limitaciones y obligaciones previstas en la presente Ley*”. Hay que entender que tales limitaciones y obligaciones son las que la Ley establece para que las entidades aseguradoras puedan realizar la actividad que les es propia. Aunque el contenido de las referidas “limitaciones y obligaciones” no está expresamente concretado en la Ley ni en el Reglamento es evidente que no todas serán exigibles a los grupos consolidables, extremo éste que viene reconocido por el término “en su caso” que contiene el texto legal lo cual implica analizar en cada caso si estamos o no ante una limitación u obligación aplicable a los grupos consolidables, habida cuenta de que tales grupos carecen de personalidad jurídica y de que la obligatoriedad de formular estados contables consolidados tiene como fin primordial reflejar la “imagen fiel” del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados del conjunto constituido por las sociedades incluidas en la consolidación”, según dispone el artº 44.2. párrafo primero, del C. de Comercio, principio de imagen fiel también exigido por el Plan de Contabilidad del sector (nº 11 de su Introducción) aprobado por R.D 2014/1997, de 26 de diciembre.

Por ello, el citado Plan de Contabilidad al regular las normas que deben regir la formulación de las cuentas consolidadas y, en concreto, las relativas a la estructura de las cuentas anuales consolidadas (norma 3ª, nº 8. h), dispone que , entre otras partidas (incluida la información sobre el margen de solvencia), se deberá informar “sobre las provisiones técnicas y los bienes aptos para cobertura que resulten de la agregación de los estados de cobertura individuales de cada una de las entidades aseguradoras que integran el grupo consolidable”.

A la vista de todo lo anterior queda claro que a los grupos consolidables les es exigible el margen de solvencia y la cobertura de provisiones técnicas. Pero estas exigencias constituyen la máxima expresión de las obligaciones impuestas a las entidades aseguradoras tendentes a garantizar sus obligaciones con los asegurados y poder así dar cumplimiento a la finalidad de tutela de los derechos de estos que declara la Ley en su artº 1.1, y ambas exigencias deben ser incluidas entre las “obligaciones” a que hace referencia el artº 20.2 de la Ley antes citado y que resultan aplicables a los grupos consolidables. El hecho de que éste cite expresamente el margen de solvencia pero no la cobertura de las provisiones técnicas no debe ser obstáculo para incluir a esta última entre las indicadas obligaciones, y dado que a las entidades individualmente consideradas dicha obligación de cobertura se les exige “en todo momento” (artº 16.1 de la Ley) y “de forma permanente” (artº 49.3 del Reglamento) parece lógico aplicar el mismo criterio a tal exigencia de cobertura en el caso de grupos consolidables. No tendría mucho sentido exigir a estos últimos el margen de solvencia y la cobertura de provisiones, al igual que a las entidades, para después solo obligar a que el cumplimiento de la obligación únicamente tenga carácter permanente en el caso del margen de solvencia y no en el de la cobertura de provisiones. Las razones que justifican la aplicación en ambos casos del criterio de permanencia a las entidades, son las mismas que deben regir para su aplicación a los grupos consolidables: fundamentalmente que la garantía de los derechos de los asegurados debe mantenerse en todo momento y no solo a una fecha determinada. Nos remitimos a lo manifestado

anteriormente al respecto al comentar con carácter general el requisito de permanencia de la cobertura en las provisiones técnicas.

C. Criterios para formular el balance consolidado

El indicado artº 56 del Reglamento dispone una serie de criterios a tener en cuenta para formular el balance de consolidación el cual servirá de base para establecer el estado de cobertura consolidado. Pero tales criterios, como ha señalado un sector de la doctrina⁴⁵², forman parte de las operaciones imprescindibles y necesarias para llevar a efecto la consolidación contable, la cual se aplica considerando al grupo de sociedades consolidables como una única unidad económica, diferente de cada una de la sociedades que lo integran, que se relaciona de manera autónoma con el exterior y por ello, desde el punto de vista económico, al formular los estados contables consolidados deben ser eliminados de los mismos, por ejemplo, aquellas partidas que representan créditos para una de las entidades del grupo y débitos para otra de dichas sociedades.

A tales efectos el precepto indicado dispone que se realizarán “las eliminaciones que procedan” y en particular las siguientes:

- *Inversión-fondos propios*. Con el fin de eliminar por un lado las participaciones que la sociedad dominante tiene de la dependiente y por otro el capital social de esta última, en la parte que corresponda a la participación de la dominante. También las reservas patrimoniales que pudieran haberse generado en la sociedad dependiente deben ser objeto de tratamiento específico debiéndose poner de manifiesto la parte de las mismas que corresponden a la sociedad dominante, en proporción a su grado de participación en la dependiente. Por último, si la sociedad dependiente tiene socios distintos a la sociedad dominante, la participación de aquellos en el capital social y en las reservas patrimoniales debe quedar explícita en el balance consolidado resultante mediante su reconocimiento como “intereses minoritarios”.

- *Créditos y débitos recíprocos*. En este caso, según el Reglamento, se incluyen las provisiones técnicas que se deriven de operaciones de reaseguro cedido y aceptado realizadas entre entidades pertenecientes al grupo.

El balance consolidado, confeccionado teniendo en cuenta lo antes indicado, reflejará en su pasivo el conjunto de provisiones técnicas a cubrir y en su activo el conjunto de bienes y derechos destinados a su cobertura. Establece al respecto el artº 56 del Reglamento que serán de aplicación los límites de dispersión y diversificación establecidos en su artº 53. Pero no solo será de aplicación el indicado artº 53 a la cobertura consolidada de provisiones técnicas, sino también otros preceptos reglamentarios que regulan la materia tales como los arts. 49 (provisiones técnicas a

⁴⁵² MAESTRO. José Luis. “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. p.329. Al referirse a la eliminación inversión-fondos propios comenta que “tal referencia es, probablemente innecesaria, habida cuenta de que resulta imprescindible en toda consolidación, ya que representa la operación que procede efectuar al realizar la agregación entre los elementos patrimoniales de las sociedades que integran el balance consolidado, a fin de eliminar el doble cómputo de aquellos que figuran en el balance de una de ellas (sociedad dominante) como inversión en el capital de otras (sociedades dependientes)”. Y al analizar la eliminación de créditos y débitos recíprocos señala que tal referencia “tampoco habría sido necesaria, ya que la eliminación de créditos y débitos recíprocos entre sociedades del mismo grupo es otra de las operaciones necesarias para la consolidación”.

cubrir), el 50 (bienes y derechos aptos para la inversión) y el 52 (valoración de las inversiones).

2.7. Obligaciones de las entidades aseguradoras en caso de déficit en la cobertura de las provisiones técnicas

2.7.1. Introducción

En principio, según quedó expuesto en su momento, las provisiones técnicas deben de estar adecuadamente calculadas. Su correcto cálculo y correspondiente contabilización constituyen el primer paso para poder garantizar las obligaciones que las mismas representan mediante su adecuada representación en el pasivo del balance y mediante su consideración como gasto al incorporarlas con tal carácter a la cuenta de pérdidas y ganancias. Si el cálculo es deficitario tal déficit aflorará posteriormente poniendo de manifiesto que la entidad consideró en su día o bien un saldo acreedor de pérdidas y ganancias superior al que realmente hubiera debido corresponder o bien un saldo deudor de resultados inferior al real. En el primer caso pudiera incluso darse el caso de que por vía de reparto de dividendos y de pago de impuestos sobre la renta de sociedades, salgan de la masa patrimonial recursos que más tarde serán necesarios para hacer frente a las obligaciones contraídas. En el segundo caso, la ocultación del auténtico saldo deudor de la cuenta de resultados puede estar tratando de eludir la puesta de manifiesto de una situación patrimonial grave. Por ello la Ley de Ordenación prevé en el caso de déficit en el cálculo de las provisiones técnicas tanto la aplicación de medidas de control especial (artº 39.1.a), como la imposición de sanciones por constituir tal situación la correspondiente infracción (artº 40.3.d., 4.d., y 5.a).

Pero de nada serviría el correcto cálculo y contabilización de las provisiones técnicas si no existen en propiedad de la entidad suficientes bienes y derechos que puedan generar los recursos necesarios para hacer frente, en el momento oportuno, a las obligaciones representadas por las provisiones. Por ello también los preceptos antes mencionados consideran el déficit en la cobertura de provisiones técnicas como susceptible de incurrir en medidas de control especial o en sanción administrativa.

2.7.2. Obligaciones concretas de las entidades en caso de deficit en la cobertura de provisones

Pero la Ley no solo prevé los supuestos disuasorios de intervención del Órgano de Control mediante la aplicación de las medidas de control especial y, en su caso , de las sancionadoras cuando se produzca el déficit en la cobertura de provisiones técnicas, sino que, además, impone a los administradores de las entidades una serie de actuaciones, que tienen como finalidad principal la posible corrección de la situación y el restablecimiento del equilibrio económico perdido.

Así el artº 57 de la Ley dispone que si existiera déficit en la cobertura de las provisiones técnicas, los administradores de la entidad aseguradora deberán:

1º. *“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar los intereses y derechos de los tomadores, asegurados, beneficiarios y perjudicados”.*

Nada dice el Reglamento sobre la naturaleza de las medidas a adoptar, aunque sí queda claro que su finalidad debe ser la de salvaguardar los intereses y derechos de tomadores, asegurados, beneficiarios y perjudicados. Esta obligación ha sido considerada, por un sector de la doctrina, más una declaración de carácter programático que de una eficacia real ya que, normalmente, la actuación en cuestión habrá de concretarse en la aportación de bienes suficientes para cubrir el déficit de cobertura producido⁴⁵³.

Ahora bien, los intereses y derechos a salvaguardar serán los contenidos en las obligaciones que las provisiones técnicas representan y, evidentemente, tal salvaguardia si bien es cierto que no será realmente efectiva hasta que se incorporen suficientes bienes y derechos aptos que cubran el déficit producido, también lo es que el proceso para conseguirlo, cuando ello sea factible, puede ser complejo y no necesariamente corto. Así, medidas tales como una ampliación de capital, o la venta de bienes no aptos para adquirir otros que gocen de aptitud legal pueden requerir trámites y acuerdos previos cuya puesta en marcha no debe sufrir demoras, medidas que los administradores de la entidad deben acometer con la mayor celeridad y diligencia posibles, en cumplimiento de la obligación que la normativa les impone.

En otro orden de cosas, la norma reglamentaria no hace referencia al momento en que deban adoptarse las medidas en cuestión. Pensamos que tal obligación debe ser cumplida desde el instante en que se tenga conocimiento del déficit en la cobertura, sin que en ello puedan influir los plazos a los que más adelante nos referiremos, los cuales solo afectan al deber de comunicar al Órgano de Control la situación de déficit, sus causas y las medidas propuestas o adoptadas para subsanarlo. Se trata de una obligación impuesta a los administradores de la entidad la cual debe ser cumplida con independencia del resto de actuaciones a seguir.

2º. Comunicar el déficit a la Dirección General de Seguros “*en el plazo de quince días, disponiendo de un mes desde tal comunicación para presentar detallada información*” sobre los extremos a que más adelante haremos mención.

El Reglamento exige que en el plazo de quince días se comunique a la Dirección General de Seguros la existencia de la situación de déficit en la cobertura de provisiones técnicas, pero no aclara el momento a partir del cual comienza a contar dicho plazo. En principio lo más razonable será pensar que dicho momento será aquel en que los administradores de la entidad tengan conocimiento de la situación de déficit.

Ahora bien, determinar con exactitud el momento en que se pone de manifiesto la situación de descubierta no deja de plantear en algunos casos ciertas dificultades. Así, cuando se evidencie tal situación al formular las cuentas anuales, no existe problema en determinar que será la fecha en que éstas fueron aprobadas por el órgano de administración la que determinará el término en que comienza a correr el plazo

⁴⁵³MAESTRO, José Luis. “Garantías-técnico financieras...”. Op. cit. p.334. Considera el autor que “...el Reglamento establece una serie de medidas...que muestran la preocupación de la normativa reglamentaria por la garantía de los derechos de los acreedores por razón de contrato de seguro, pero que, por lo general, tienen un valor más programático que de eficacia real, puesto que, en general, la descubierta se deberá a falta de medios patrimoniales para realizar la adecuada inversión de las provisiones, y ese déficit no suele ser susceptible de corrección solo con las medidas que el Reglamento establece”.

antedicho Pero cuando la situación de descubierta se ponga de manifiesto al formular los estados contables trimestrales (balance, cuentas técnicas y no técnicas de resultados, estado de cobertura de provisiones técnicas y estado de margen de solvencia), a que obliga el artº 66.2 del Reglamento, no es fácil establecer dicho término toda vez que la normativa no señala plazos ni procedimientos para su aprobación por parte de las entidades y, en consecuencia, cabe admitir que la obligación de comunicar la situación de déficit se cumplirá al remitir a la Dirección General de Seguros bien la información estadístico-contable trimestral o bien los estados contables antes indicados, cuando la entidad esté eximida de remitir dicha información estadístico-contable, para lo cual el artº 66.4 del Reglamento concede el plazo de los dos meses siguientes a la finalización del trimestre que corresponda⁴⁵⁴.

Pero lo anteriormente expuesto parte de la base de que la situación de descubierta en las provisiones técnicas solo cabe apreciarla cuando se formulen los estados contables anuales o trimestrales lo cual no encaja con que la obligación de cobertura de las provisiones técnicas haya de cumplirse “en todo momento” (artº 16.1 de la Ley) “de forma permanente” (artº 49.3 del Reglamento). Nos remitimos a lo indicado anteriormente al tratar el tema de la permanencia en la cobertura. No obstante conviene insistir en que si la obligación de cobertura es permanente habrá que arbitrar medios de control internos, también permanentes, para que el conocimiento del estado de cobertura de las provisiones técnicas no quede relegado a las fechas de cierre de los estados contables anual o trimestrales. Y a ello creemos que obliga lo prevenido en el artº 71.3 de la Ley cuando dispone que el Ministerio de Economía “*exigirá que las entidades aseguradoras sometidas a su control dispongan de una buena organización administrativa y contable y de procedimientos de control interno adecuados*”, mandato legal que ha sido cumplido por el artº 110 del Reglamento el cual bajo la rúbrica “control interno de las entidades aseguradoras” exige en su nº 1 que las entidades aseguradoras “deberán establecer procedimientos de control interno adecuados a su organización y disponer de la información suficiente para que la dirección de la entidad pueda tener un *conocimiento actualizado* sobre la *evolución de su actividad*, el funcionamiento de sus departamentos y redes de distribución, y el *comportamiento de las magnitudes económico-actuariales básicas* de su negocio”. Pensamos que es perfectamente aplicable a la cobertura permanente de las provisiones esa exigencia impuesta a la dirección de las entidades referida al conocimiento actualizado de la evolución de la actividad de la entidad y de sus magnitudes económico-actuariales básicas.

Lo ideal sería, como antes se señaló, que el procedimiento de control que se establezca pudiera garantizar un control diario del estado de cobertura pero, siendo conscientes de la complejidad que tal objetivo puede entrañar, debería ser capaz de proporcionar la información suficiente al menos cada quince días. Lo que sí está claro es que el conocimiento “actualizado” del que, según la normativa, debe disponer la dirección de la entidad, ligado a la exigencia de que la cobertura de las provisiones técnicas sea “permanente” y “en todo momento”, no queda suficientemente satisfecho con la mera comprobación de la situación en cuatro fechas al año⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ MAESTRO, José Luis. “*Garantías técnico-financieras...*”. Op. cit. pp.334 y 335.

⁴⁵⁵ Estados contables trimestrales de 31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre; y estados anuales a 31 de diciembre.

Retomando el tema del momento a partir del cual comenzaría a transcurrir el plazo de quince días antes referido, durante el cual hay que comunicar a la Dirección General de Seguros la situación de descubierta, cabe considerar que dicho plazo comenzará a transcurrir a partir del momento en que la dirección de la entidad tenga conocimiento del déficit en la cobertura.

Una vez comunicado el déficit a la Dirección General de Seguros, el Reglamento concede el plazo de un mes para informar al referido organismo de los siguientes extremos:

- 1.º Causas que han provocado el déficit.
- 2.º Medidas propuestas o adoptadas para la subsanación del mismo, y plazo previsto para su ejecución.
- 3.º Bienes que, aun no reuniendo los requisitos de aptitud, podrían afectarse de modo transitorio hasta cumplir dichos requisitos.

2.7.3. Obligaciones en caso de déficit de cobertura en los grupos consolidables

Los administradores de la entidad obligada a formular las cuentas consolidadas tienen las mismas obligaciones que los de las entidades individualmente consideradas cuando se produce un déficit en la cobertura de las provisiones técnicas.

Este supuesto no había sido contemplado en el texto inicial del Reglamento. Fue el R.D. 996/2000, de 2 de junio⁴⁵⁶, el que incluyó un último párrafo al artº 56.1 regulando la materia, y estableciendo que *“La misma obligación incumbirá, en todo lo que esté a su alcance, a los administradores de la entidad obligada a formular las cuentas anuales del grupo consolidable de entidades aseguradoras en el supuesto de déficit en la cobertura consolidada de provisiones técnicas”*.

De esta manera se obliga a los administradores de la entidad obligada a formular las cuentas consolidadas del grupo a adoptar las medidas necesarias y a informar a la Dirección General de Seguros de la situación de déficit en la cobertura consolidada de las provisiones técnicas, viéndose afectados por un régimen idéntico al de los administradores de las entidades individualmente consideradas.

No obstante dicho régimen tiene el matiz de que tal obligación se impone a dichos administradores “en todo lo que esté a su alcance”, límite que no se reconoce cuando se trata de administradores de entidades individualmente consideradas. Tal tratamiento puede tener su justificación en que los administradores de la entidad obligada a consolidar pueden no conocer la situación del resto de las entidades del grupo con la misma inmediatez y el mismo grado de profundidad que los administradores de cada una de ellas y, en consecuencia, les puede resultar más dificultoso el conocimiento de las causas que provocan la descubierta y la adopción de las medidas pertinentes para

⁴⁵⁶Número segundo del REAL DECRETO 996/2000, de 2 de junio, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y del plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y normas para la formulación de las cuentas de los grupos de entidades aseguradoras, aprobado por Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre, para adaptarlos a la Directiva 98/78/CE, de 27 de octubre, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros

su subsanación. Por otra parte la determinación de si la adopción de medidas y la información a la Administración están o no “al alcance” de dichos administradores constituye una facultad discrecional de esta última que, como es lógico, estará sometida al oportuno control jurisdiccional.

2.7.4. Facultades de la Dirección General de Seguros

La situación de descubertura en las provisiones técnicas es lo suficientemente importante como para que, con independencia de la imposición de medidas de control especial o de las pertinentes sanciones, la Administración esté habilitada para actuar de oficio y, dentro de lo posible, tratar de paliar la situación, todo ello en beneficio de los intereses de los asegurados.

Por ello el artº 57.2 del Reglamento establece que la Dirección General de Seguros, *mediante resolución motivada, y en la medida necesaria para complementar la cobertura de las provisiones técnicas, podrá afectar de oficio, en circunstancias excepcionales y por un período de tiempo limitado, otros activos que posea la entidad o autorizar temporalmente límites de diversificación o dispersión superiores a los establecidos con carácter general en este Reglamento*”.

Queda así facultada Administración para adoptar dos tipos de medidas extraordinarias de urgencia tendentes a suplir el déficit producido en la cobertura, debiendo ser motivada la resolución administrativa que las acuerde:

1ª. Afectación de oficio a la cobertura de otros activos que posea la entidad.

2ª. Autorización temporal de límites de diversificación o dispersión superiores a los establecidos con carácter general en este Reglamento

En el caso de la primera de las medidas adoptables, la afectación de oficio de otros activos, lo más normal, aunque no necesariamente, es que tal medida deba recaer sobre activos que no reúnen los requisitos legales de aptitud, y puede adoptarse solo “en circunstancias excepcionales” y “por un periodo de tiempo limitado”.

Ha sido argumentado por un sector de la doctrina que, en este caso, la medida sería de escasa utilidad por lo que se refiere a la salvaguardia de los derechos de los asegurados ya que tales activos carecerán de todos o algunos de los requisitos de seguridad, rentabilidad y liquidez exigidos para que un activo sea apto para la inversión de provisiones técnicas⁴⁵⁷.

No obstante hay que considerar, por un lado, que se trata de medidas a adoptar ante una situación excepcional que en muchas ocasiones dado el déficit patrimonial de la entidad, y con carácter previo a posibles medidas de control especial o incluso sancionadoras, no admite otra actuación práctica que la de afectar los activos existentes cualesquiera que sea la naturaleza y condiciones de aquellos y, por otro lado también hay que tener en cuenta, que la norma debe estar prevista para englobar de hecho distintas situaciones de los bienes: -bienes aptos pero no afectados voluntariamente a la cobertura por parte de la entidad (situación posible, aunque poco probable dada la gravedad de las consecuencias que la descubertura puede traer consigo); -bienes

⁴⁵⁷ MAESTRO, José Luis. “Garantías técnico-financieras...”. Op. cit. p.336.

pendientes de obtener alguno de los requisitos exigidos para alcanzar la aptitud (ej.: inscripciones registrales en caso de inmuebles); -bienes que aún careciendo de aptitud pueden reunir alguno de los requisitos exigidos de seguridad, rentabilidad y liquidez ; - y, por último, bienes que carezcan de todos los requisitos indicados.

En el supuesto de la segunda de las medidas, autorizar temporalmente límites de diversificación o dispersión de las inversiones superiores a los permitidos, también se exige que la misma se adopte “temporalmente”. Dada la redacción del texto podría interpretarse, en un principio, que en este caso también es de aplicación el requisito de excepcionalidad exigido en la afectación de oficio y que en la referencia a la temporalidad estamos ante una reiteración de la exigencia, pero pensamos que precisamente la exigencia expresa de tal requisito para la medida que ahora se comenta es argumento suficiente para considerar que es éste el único de los requisitos exigibles y, en consecuencia, no sería de aplicación a tal medida la necesidad de que existan “circunstancias excepcionales” para poder adoptarla. Situación lógica, por otra parte, si tenemos en cuenta que los bienes afectados por la medida serán bienes que, en principio, cumplen los requisitos para su afectación a la cobertura de provisiones técnicas pero que los criterios de diversificación y dispersión, tendentes a garantizar que no se produzca una excesiva concentración de riesgos en la inversión, impiden su inclusión entre los bienes aptos.

En otro orden de cosas, conviene indicar que tanto en la estimación de la excepcionalidad de las circunstancias como en la determinación del tiempo durante el que las medidas deberán estar vigentes, la Dirección General de Seguros valorará discrecionalmente ambos requisitos, en función de la situación que se presente en cada caso teniendo en cuenta la importancia del déficit económico en la cobertura, la calidad y cantidad de los bienes afectables de oficio, las posibles medidas preventivas adoptadas por los administradores de la entidad, etc. Como es obvio, tales estimaciones discrecionales podrán ser objeto de control jurisdiccional en vía contencioso administrativa.

CAPÍTULO V.

EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA (II)

GARANTÍAS FINANCIERAS (Cont.)

1. EL MARGEN DE SOLVENCIA

1.1. Introducción

1.1.1. Justificación de su existencia

La solvencia, desde un punto de vista jurídico, supone la capacidad económica para hacer frente, a su vencimiento, a las obligaciones asumidas. Por insolvencia “se entiende la situación del patrimonio impotente para satisfacer todas las deudas vencidas de su titular. Para el titular ser insolvente es carecer de medios bastantes para pagar íntegramente a sus deudores”⁴⁵⁸.

Éste criterio contempla la situación de solvencia, o de insolvencia, referida a un momento determinado y, en consecuencia, tiene naturaleza estática. Por ello al determinar su aplicación en las entidades aseguradoras, como veremos más adelante, deben ser tenidos en cuenta también otros parámetros de exigibilidad de las obligaciones ya que el principio de las deudas “vencidas” debe ser completado con otros criterios pues así lo exige la propia naturaleza aleatoria de la actividad aseguradora. Por ejemplo, y con excepción de las provisiones técnicas de prestaciones pendientes de pago, el resto de las provisiones técnicas no representan, en puridad, obligaciones

⁴⁵⁸ GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín. “La acción del Estado en relación con las empresas de seguros de daños en situaciones difíciles”. *Revista Riesgo y Seguro*. II época. nº 15-16. p.28. III y IV trimestre 1966. Dirección General de Seguros.

vencidas sino que se trata de obligaciones contingentes o condicionadas, pues su nacimiento como deudas líquidas dependerá de la posible ocurrencia de un acontecimiento futuro e incierto. Otro tanto ocurre con las obligaciones futuras que trata de garantizar el margen de solvencia.

En general, en cualquier ámbito económico y empresarial la solvencia es tema de especial importancia pues su ausencia puede acarrear encontrarse inmerso en los correspondientes procesos concursales. Pero en el caso de las entidades aseguradoras garantizar la solvencia de éstas, en defensa de los intereses de los tomadores, asegurados, beneficiarios y posibles perjudicados, reviste un interés añadido. Interés que tiene su causa principal, por un lado en que el asegurador, al tener invertido su proceso productivo, cobra las primas por anticipado para después pagar las indemnizaciones y cubrir los riesgos que asegura durante la vigencia del contrato, que lo es “de tracto sucesivo”, y, por otro lado, en que ofrece al aceptar la póliza una promesa de pago de una indemnización futura para el caso de que ocurra el evento previsto en la póliza.

Como ha señalado un sector de la doctrina “hay dos razones por las que la solvencia es un objetivo de especial significación para el asegurador. La primera obedece a la naturaleza de las prestaciones a que se compromete quien cubre un riesgo: dichas prestaciones vienen habitualmente asociadas a situaciones de necesidad del asegurado, y es natural que quiera reducirse todo lo posible el riesgo de incapacidad del asegurador para responder a su compromiso. Por otra parte, la quiebra de la solvencia puede obedecer a la simple fluctuación aleatoria de la siniestralidad – siendo, por tanto, consecuencia de la propia actividad aseguradora– sin que necesariamente hayan de concurrir en su aparición factores ajenos al puro azar. Más aún, el riesgo de insolvencia es susceptible de tratamiento estadístico-actuarial y su garantía entra así de lleno en las obligaciones del asegurador, que ha de garantizar su propia solvencia como un aspecto más de su actividad. Cabe añadir aún otro argumento: “el papel fundamental que la confianza juega en esta actividad; un deterioro de dicha confianza puede apartar al público de los mecanismos del seguro, por lo que el empresario es el primer interesado en afrontar la cuestión de la solvencia con criterios técnicos rigurosos”⁴⁵⁹.

Pero el objetivo de la solvencia puede ser abordado desde dos puntos de vista: el de la solvencia estática y el de la solvencia dinámica, terminología utilizada por vez primera por el profesor Campagne en su informe de 1957 al que nos referiremos más adelante. Hay que entender por solvencia estática “la capacidad del asegurador para atender las obligaciones derivadas de los compromisos ya adquiridos” y de las primas contabilizadas en un momento determinado (que generalmente tendrá expresión al cierre de un balance), mientras que con las exigencias de la solvencia dinámica se trata de garantizar que el asegurador esté en disposición de “cumplir los compromisos que puedan aparecerle como consecuencia de su actividad futura”⁴⁶⁰.

La solvencia estática quedará garantizada con el correcto cálculo, contabilización e inversión de las provisiones técnicas, excluidas las de estabilización que, junto con el margen de solvencia, son instrumentos de la solvencia dinámica. Si los cálculos y

⁴⁵⁹ LATORRE LLORENS, Luis. “*Teoría del riesgo y sus aplicaciones a la empresa aseguradora*”. p. 25. Editorial MAPFRE. Fundación MAPFRE estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Colección Estudios y Monografías.

⁴⁶⁰ LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. p. 25

premisas establecidos en las bases técnicas son correctos y las primas de riesgo contabilizadas representan el valor medio de la siniestralidad y ésta acaece sin sobrepasar tal valor medio, las provisiones técnicas serán suficientes para hacer frente a los compromisos adquiridos y el asegurador dispondrá de recursos económicos bastantes para compensar la siniestralidad producida, siempre que otros factores tales como los gastos de gestión y la política de reaseguro funcionen de manera correcta.

Las provisiones técnicas constituyen indudablemente el requisito previo necesario para que la exigencia del margen de solvencia tenga sentido. Las corrección de las provisiones descansa en la existencia de una tarifa de primas suficientes y ésta, a su vez, en la existencia de instrumentos estadísticos adecuados. Como ha sido resaltado “de nada vale disponer de unos determinados medios financieros libres, si el riesgo potencial de catástrofe está como un cáncer en las entrañas de las bases técnicas, ya se trate de las primas, de los recargos, de los tipos de interés, de los métodos de cálculo de reservas y técnicas de inversión o de los convenios de reaseguro. La eficacia del margen de solvencia depende de que las distintas variables económicas que forman un Balance y una Cuenta de pérdidas y Ganancias, respondan verazmente a su significado actuarial y a su significado contable. Entonces, y solo entonces, el margen de solvencia puede tener pleno sentido, como cifra de garantía mínima que haga tender a cero la probabilidad de ruina del juego asegurador”.⁴⁶¹

Ahora bien, conseguida la solvencia estática ésta no es por sí solo suficiente para responder a todas las situaciones que pueden presentarse durante la actividad del asegurador y que demandarán recursos para hacer frente a obligaciones surgidas durante dicha actividad, para lo cual resulta necesario aplicar los instrumentos de la solvencia dinámica: las provisiones técnicas de estabilización, ya analizadas en su momento, y el margen de solvencia.

Así, durante la actividad del asegurador, aun partiendo de la suficiencia técnica de las primas, pueden aparecer riesgos que hagan insuficientes las garantías ofrecidas por las provisiones técnicas y que pueden poner en peligro la estabilidad económica del ente asegurador.

Tales riesgos, según un sector de la doctrina, pueden consistir en los siguientes⁴⁶²:

-*La propia siniestralidad anual es una variable aleatoria* que puede fluctuar alrededor de su valor medio y para financiar los excesos de siniestralidad debe de contarse con un patrimonio suficiente que exceda el que representa la inversión de las provisiones técnicas;

- *Alteración de las probabilidades básicas* en el proceso de riesgo, tanto en su frecuencia media como en su intensidad, influida por ejemplo por el efecto de la inflación;

- *Pérdidas en inversiones;*

- *Incrementos inesperado de gastos de administración;*

⁴⁶¹ ALDAZ ISANTA, Juan Emilio. “El margen de solvencia en las empresas de seguros (situación actual y problemas). *Revista Riesgo y Seguro* . II época. nº 15-16. III y IV trim. 1966. p.56. Dirección General de Seguros. En dicho trabajo se efectúa una detallada exposición de los trabajos preparatorios llevados a cabo sobre el margen de solvencia.

⁴⁶² LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. pp. 26 y 27.

- *Insolvencia de los reaseguradores*, que conllevará que el ente asegurador deba asumir económicamente la indemnización a cargo del reaseguro, sin posibilidad de recuperar las primas cedidas.

Dichos riesgos son, en su mayoría, de difícil medición e incorporan unos rasgos particulares e individuales diferentes para cada empresa (ejemplos de ello pueden ser las políticas de reaseguro, de selección de riesgos y de inversiones), características todas ellas que, en principio, harían necesaria la valoración individual, en cada caso, de cada uno de tales riesgos para dar la máxima solidez al ente asegurador, aunque no es éste el modelo seguido en la práctica, como veremos más adelante.

Según otro sector doctrinal los riesgos que pueden poner en peligro la solvencia del asegurador pueden ser formulados de la siguiente manera⁴⁶³:

- *Fluctuación de la siniestralidad*;
- *Composición de la cartera de pólizas*, ya que el peso específico de cada ramo o modalidad en el conjunto total es un factor de importancia en este caso;
- *El reaseguro*, tanto por la importancia de una adecuada política de reaseguro al elegir modalidad y plenos de retención como en el caso de insolvencia de los reaseguradores;
- *La inflación*, que puede incrementar el coste de los siniestros antes de adecuar las primas a la nueva situación de la siniestralidad, situación que conduce a un incremento de las primas el cual, a su vez, provocará mayores exigencias de solvencia;
- *El crecimiento de la cartera*, cuando se produce de forma rápida y en un entorno de reducción de precios;
- *Insuficiencia en la provisión para siniestros pendientes*;
- *Riesgo de activos*, por depreciación o por no obtención de la rentabilidad esperada; y,
- *Otros riesgos* tales como la variación del criterio judicial en el establecimiento de indemnizaciones y una deficiente gestión empresarial.

Así mismo, conviene indicar que mientras las provisiones técnicas de estabilización tratan de compensar las desviaciones de siniestralidad negativas que se presenten en aquellos ramos en que se constituyen tales provisiones mediante el correspondiente recargo de seguridad, el margen de solvencia pretende cubrir las desviaciones que se produzcan no solo por este supuesto sino también por otros motivos, a los cuales se ha hecho mención anteriormente.

⁴⁶³ DEL POZO GARCÍA, Eva María. “Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia”. pp. 5 a 7. Colección “*Cuadernos de la Fundación*”, nº 64. Octubre 2002. Fundación MAPFRE Estudios. Madrid.

En dicho trabajo se recogen los resultados del estudio realizado por A.M. Best Co. (junio 1990) sobre solvencia de aseguradores en Estados Unidos para el periodo 1969-1990, según el cual de un total de 302 casos de insolvencia con causa identificada los resultados, en porcentaje, fueron los siguientes: - deficiencia en la provisión para siniestros (28%); - crecimiento rápido (21%); - supuesto fraude (10%); - sobreestimación de activos (10%); - fracaso del reaseguro (7%); - cambio en los negocios, a causa de nuevos productos o crecimiento territorial sin la experiencia suficiente; - catástrofes (6%); y, varios (9%). Como puede observarse las dos causas primeras, la deficiencia en la provisión para siniestros y el crecimiento excesivamente rápido causaron el 49% de las insolvencias analizadas.

Por último, en lo que se refiere a este apartado relativo a la identificación de los riesgos que afectan al asegurador con el fin de valorar los más correctamente posible sus requerimientos de solvencia dinámica, debe hacerse referencia a la exposición de tales riesgos contenida en el informe presentado a la Comisión Europea por el Grupo de Trabajo dirigido por el Dr. Helmut Müller, al que más adelante haremos mención. Dicho Grupo de Trabajo elaboró el correspondiente informe⁴⁶⁴ que fue presentado y aprobado por la Conferencia de Autoridades de Supervisión de Seguros de los Estados Miembros de la Comunidad Europea en abril de 1997 y remitido a la Comisión.

El referido informe, en su capítulo 2 dedicado a los “*riesgos de los seguros de vida y no vida y prevenciones posibles*”⁴⁶⁵, relaciona y analiza cada uno de los riesgos que afectan a la actividad aseguradora, los cuales se relacionan a continuación de forma resumida:

a. Riesgos técnicos

a'. Riesgos corrientes

- *De infratarifación*: primas insuficientes por errores de cálculo.
- *De modificación*: por modificación ulterior de los factores de riesgo.
- *De valoración de las provisiones técnicas*: insuficiencia para cumplir con las obligaciones derivadas de las pólizas.
- *De reaseguro*: por coberturas de reaseguro insuficientes y por insolvencia de los reaseguradores. También pueden estar incluidos en el apartado “otros riesgos”.
- *De los gastos de explotación*: por insuficiencia de los incluidos en las primas de seguro frente a lo gastos realmente producidos.
- *De grandes siniestros* (solo para los seguros no vida): por exposición a un número y/o a un coste demasiado importante de grandes siniestros.
- *De cúmulo o de catástrofes*: eventual acumulación de siniestros causados por un solo acontecimiento catastrófico (terremotos, tempestad, etc.).

b'. Riesgos especiales

- *De crecimiento*: a causa de un crecimiento excesivo o mal coordinado en el que la selección de riesgos o el cálculo de las primas no se realizan con el cuidado necesario.
- *De liquidación*: por insuficiencia de medios financieros para hacer frente a sus obligaciones en el caso de que la empresa cese en sus actividades y salde sus compromisos aseguradores..

b.- Riesgos relacionados con las inversiones

- *De depreciación*: por cambios producidos en los mercados financieros y en los tipos de cambio o por insolvencia de los deudores.

⁴⁶⁴ Rapport: “*Solvabilité des entreprises d’assurance*” . Abril 1997. Editado en alemán, francés e inglés por la Conferencia de Servicios de Control de Seguros de los Estados Miembros de la Unión Europea. Resumen de los riesgos traducido por el autor.

⁴⁶⁵ Rapport: “*Solvabilité des entreprises...*”, Op. cit. pp. 4 a 15.

- *De liquidez*: por no poder hacer líquidas las inversiones en tiempo y forma adecuados para hacer frente a las obligaciones a su vencimiento.

- *De casamiento (o apareamiento)*⁴⁶⁶ *de activos y pasivos técnicos* (el informe en la versión francesa utiliza el término “*appariement*” –apareamiento-): por insuficiencia de los bienes de activo para cubrir los pasivos técnicos, a causa de fluctuaciones en los mercados de capitales, en la cotización de divisas, etc.

- *De modificación de las tasas de interés*: por descenso en la cotización de los valores de renta fija cuando suben los tipos de interés, o por riesgos en la reinversión de activos cuando bajan los tipos de interés.

- *De valoración*: por sobrevaloración de inversiones, riesgo especialmente producible en el caso de participaciones estratégicas.

- *De participación o de contagio*: por las aportaciones de capital suplementarias que pudieran tener que efectuarse en empresas participadas con problemas económicos.

⁴⁶⁶ Denominado en inglés “*matching risk*”. “**Matching**: (s) *apareamiento*, hermanamiento, *igualación*”, y “**Match**: (v. tr.) (a) *parear*, *emparejar*, *casar*, *igualar a* ... (s) *pareja*, *compañero*, *igual*, *semejante*, ... *alianza*, *casamiento*...”, (Diccionario inglés-español, español-inglés, de E.M. Martínez Amador. Edit. Ramón Sopena, S.A.: Barcelona. 1974). “**Matching**: (adj) *acompañada*, a tono, que hace juego con. **Match**: (n) *igual*, ... *casamiento* *matrimonio*... (vt) *emparejar*, *parear*, *equiparar*..., *igualar*, *ser igual a*, *valer lo que*..., *hacer juego*, *armonizar*, *ser a tono*,... (Diccionario COLLINS. 2ª ed., reimpr. 1990. Ediciones Grijalbo, S.A. Barcelona).

Pensamos que el término inglés “*matching*” puede ser traducido, en este caso, por “*casamiento*” o “*apareamiento*”, ya que como se pone de manifiesto a continuación cualquiera de los dos, según las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, puede definir el concepto que ahora nos ocupa.

Así, según el DRAE. 22ª edición. 2001: “**Casamiento** : acción y efecto de *casar*, contraer matrimonio”. “**Casar (1)**: contraer matrimonio. // **2**. *Dicho de dos o más cosas: corresponder*, conformarse, *cuadrar* (...). // **6**. Unir, juntar o hacer coincidir algo con otra cosa. “Casar la oferta con la demanda” // **7**. *Disponer y ordenar algo de suerte que haga juego con otra cosa o tengan correspondencia entre sí*”. “**Apareamiento**: Acción y efecto de *aparear*”. “**Aparear**: *Arreglar o ajustar una cosa con otra de forma que queden iguales*. // **2**. *Unir o juntar una cosa con otra, formando par*. // **3**. Juntar las hembras de los animales con los machos para que críen”.

Personalmente nos inclinamos por el uso de la palabra “*casamiento*” ya que el significado de “*casar*” está muy extendido en el sentido de “*coincidir*”, “*armonizar*”, “*encajar*”: así, los colores de distintos objetos *casan* o no para estar expuestos conjuntamente; las noticias que uno conoce *casan* o no con las que recibe de otro fuente de información; el concreto comportamiento de una persona *casa* o no con su forma habitual de ser; *casan* o no las piezas de una máquina que deben funcionar acopladas, etc.

Solo cuando nuestro idioma, no escaso en recursos por cierto, no permita encontrar la adecuada traducción de determinados conceptos es cuando se debería acudir a las voces correspondientes en su idioma original previa, si es posible, su adaptación fonética y ortográfica a nuestra lengua. Mientras tanto, debe evitarse utilizar directamente los términos de otra lengua y, sobre todo, castellanizar directamente voces foráneas que, en no pocas ocasiones, incluso denotan desconocimiento e incluso falta de respeto por estas últimas. Tal ocurre cuando se utiliza el término “*machéo*”, en el sentido antes indicado objeto del presente comentario, (cuando el verbo español “**machear** significa: *fecundar el macho a la hembra*. // **2**. *Fecundar las palmeras sacudiendo las inflorescencias masculinas sobre los pies femeninos*. // **3**. *Engendrar los animales más machos que hembras*” y el término “*macheo*” no está reconocido y, en todo caso, significaría la “acción y efecto de machear”), o cuando se utiliza el término “**correlar**” o “**correlado**”, en vez de “*correlacionar*” o “*correlacionado*” como traducción del verbo inglés “**correlate (to)**” cuyo significado en español es “*correlacionar*”, y, no digamos, cuando incluso se inventan palabras “*aparentemente*” inglesas, -como por ejemplo el término “*vending*” para definir la actividad de distribución a través de máquinas expendedoras (tabaco, refrescos, alimentos, etc.)- que son producto de intentar, con evidente pretenciosidad y falta de respeto por el idioma propio y el ajeno, que palabras españolas, como en este caso el verbo “*vender*”, suenen más “*técnicas*” y más “*modernas*”, pero cuya expresión ortográfica y significado ni los propios ingleses entenderían jamás como suyos.

- *De operaciones en instrumentos financieros derivados*: a causa de una valoración errónea de los mismos.

c.- Otros riesgos

- *De gestión*: causados por una gestión incompetente o delictiva. Este tipo de riesgos pueden ser la causa primera de los riesgos técnicos y de los de inversión o contribuir al agravamiento de los mismos.

- *Relacionados con los avales y garantías a otorgados favor de terceros*: a causa de la ejecución de dichos avales por incumplimiento del avalado.

- *Relacionados con la pérdida de créditos frente a terceros*: por impago de las obligaciones asumidas por intermediarios, reaseguradores, y coaseguradores (p.ej. si una coaseguradora remite a la abridora la parte de la indemnización que le corresponde satisfacer y ésta deviene insolvente antes de entregarla al beneficiario). El riesgo imputable a los reaseguradores puede estar también incluido en el apartado “riesgos técnicos corrientes”.

- *Riesgo comercial general*: generado, por ejemplo, por posibles modificaciones en el ordenamiento jurídico (fiscales, laborales, etc.), en el contexto económico y social (modificación en el comportamiento de los asegurados), en el perfil de los negocios y de la coyuntura general.

1.1.2. Génesis del margen de solvencia en la Unión Europea

A. Actuaciones de la OCDE

El primero de los estudios sobre el tema fue realizado en el seno de la OECE (Organización Europea de Cooperación Económica) por un grupo de trabajo del Subcomité de Seguros integrado en el Comité Mixto de Cambios y Pagos Intraeuropeos. Dicho grupo de trabajo, presidido por el actuario holandés profesor Campagne, elaboró una primera propuesta de margen de solvencia mínimo obtenida después de analizar la experiencia de diez compañías suizas durante los años 1945 a 1954, propuesta que se contenía en el informe elaborado al efecto en 1957.

Posteriormente el propio Campagne dirigió otro grupo de trabajo, constituido en 1957⁴⁶⁷, que tuvo en cuenta los datos de 1952 a 1957 de empresas de Dinamarca, Francia, Alemania, Reino Unido, Italia, Países Bajos y Suiza y cuyo informe (presentado el 24 de septiembre de 1960)⁴⁶⁸ fue publicado en 1961 bajo el título “*Standard Minimum de solvabilité applicable aux entreprises d’assurances*”⁴⁶⁹. La

⁴⁶⁷ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “Visión tridimensional del margen de solvencia en el derecho comunitario europeo” en *Ensayos sobre seguros. Homenaje al doctor J. Efrén Osso G.* p. 196. FASECOLDA, Unión de Aseguradores Colombianos. Santafé de Bogotá. 1992.

⁴⁶⁸ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “Visión tridimensional del margen ...”. Op. cit. p 196.

⁴⁶⁹ LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. p. 30 y p. 42 (nota 2).

Vid. tb. DEL POZO GARCÍA, Eva María. “Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia”. p. 40. Colección “*Cuadernos de la Fundación*”, nº 64. Octubre 2002. Fundación MAPFRE Estudios. Madrid.

MARTÍN PEÑA, María Luz. “Evolución en la regulación relativa al margen de solvencia en la empresa de seguros”. *Revista Española de Seguros*, nº 90, abril/junio 1997, p.139.

GIL FANA, José Antonio y DEL POZO GARCÍA, Eva María. “Vigencia de la regulación del margen de solvencia para seguros no vida en la unión europea”. *Rev. Gerencia de riesgos y seguros*. Año XVI, Nº 63, tercer trimestre 1998, p. 14.

OCDE⁴⁷⁰ consideró que los resultados eran insuficientes y estimó que era preciso buscar entre todos los países las “garantías suplementarias de seguridad” exigibles a las entidades aseguradoras⁴⁷¹.

Así, el Comité de Seguros de la OCDE aprobó, a finales de 1964, el informe que con fecha 20 de noviembre de dicho año, realizó el Grupo de Trabajo sobre el Control de Seguros. Informe que, en uno de sus apartados sobre “*garantías exigidas durante el funcionamiento de la empresa,*” reconocía que “en la mayoría de los países se exige, además de las garantías tradicionales, otras garantías suplementarias, por la razón de que no pueden determinarse con exactitud, ni el volumen exacto de los compromisos técnicos, ni el valor real de los activos, ni se puede conocer el riesgo que comporta la explotación”⁴⁷². Dicho Grupo de Trabajo propuso al Comité de seguros que se realizaran estudios posteriores con el fin de obtener un método para calcular las garantías suplementarias mínimas para el seguro de vida y para los demás ramos del seguro.

El 22 de junio de 1965 se reunió por primera vez el “Grupo de Trabajo sobre Garantías Suplementarias de Seguridad”, en el que participaban representantes de Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Reino Unido y Suiza. El 28 de julio de dicho año el Grupo de Trabajo dio por terminada las sesiones elaborando un anteproyecto sobre el margen de solvencia para los seguros distintos al de vida y proponiendo la creación de otro grupo de trabajo para analizar su aplicación al seguro de vida. Dicho anteproyecto fue elevado al Comité de Seguros el 29 de septiembre del mismo año, el cual autorizó a proseguir los trabajos.

Dichos trabajos fueron reanudados el mismo 30 de septiembre, a cuyos efectos fueron tenidos en cuenta los estudios que, a instancias de la Comisión de la Comunidad Económica Europea, habían sido llevados a cabo en el grupo de trabajo presidido por Bruno De Mori, al que más adelante se hará referencia. El 2 de noviembre los aseguradores de la CEE, a través del Comité Europeo de Seguros que los agrupa, aportaron sus puntos de vista al Grupo de Trabajo de la OCDE, el cual finalmente acabó proponiendo que como directriz de los trabajos futuros debía adoptarse la solución de las Autoridades de Control de la CEE.

Finalmente, por lo que se refiere al seguro de vida, y siguiendo las recomendaciones antes mencionadas del “Grupo de Trabajo sobre Garantías Suplementarias de Seguridad” el 16 de febrero de 1966, se reunió por primera vez, también en el seno de la OCDE, el “Grupo de Trabajo sobre las garantías financieras requeridas a las empresas de seguros de vida”, compuesto por representantes de Austria, Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y Suiza. Dicho grupo acordó remitir a los países integrantes del mismo una encuesta que en septiembre de dicho año ya estaba contestada, prosiguiéndose los trabajos en los cuales ya se planteaba que el margen de solvencia estaría en conexión con las reservas matemáticas⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, creada por la Convención de 14 de diciembre de 1960 firmada por los países integrantes de la OECE, Canadá y Estados Unidos

⁴⁷¹ ALDAZ ISANTA, Juan Emilio. “El margen de solvencia...”. Op. cit. p.58.

⁴⁷² ALDAZ ISANTA, Juan Emilio. “El margen de solvencia...”. Op. cit. p.57.

⁴⁷³ ALDAZ ISANTA, Juan Emilio. “El margen de solvencia...”. Op. cit. p.58 y ss.

B. Actuaciones de la Comunidad Económica Europea

La Comunidad Económica Europea decidió la constitución de un Grupo de Trabajo que analizara la cuestión del margen de solvencia a la vista de los resultados obtenidos por el grupo dirigido por el profesor Campagne. Dicho Grupo de Trabajo estuvo presidido por el actuario italiano, y profesor de la Universidad de Roma, Bruno De Mori y llevó a cabo sus trabajos partiendo de los datos obtenidos de empresas de Alemania, Bélgica, Francia e Italia relativos al periodo 1951 a 1960, para lo cual se analizaron específicamente los ramos de transportes y responsabilidad civil de automóviles y se tuvieron en cuenta los datos globales del resto de los ramos de seguro no vida⁴⁷⁴. Los resultados de dichos trabajos fueron publicados en 1965⁴⁷⁵.

El 17 de junio de 1966⁴⁷⁶ se presentó al Consejo de la CEE el proyecto de Directiva sobre normas de acceso a la actividad del seguro directo en los seguros no vida, que contenía la regulación del margen de solvencia, si bien dicha Directiva no fue aprobada hasta el 24 de julio de 1973. Para el seguro directo del ramo de vida las primeras normas sobre margen de solvencia se incorporarían a la primera directiva, más adelante citada, aprobada en 1979.

1.1.3. Régimen jurídico comunitario sobre margen de solvencia

A. Primeras Directivas

A la vista de los estudios anteriormente indicados se dictaron las normas reguladoras del margen de solvencia contenidas en la *Primera directiva del Consejo 73/239/CEE*, de 24 de julio de 1973, *para el seguro directo en ramos distintos al de vida*, principalmente en sus artículos 16 (margen de solvencia), 17 (fondo de garantía) y 20 (medidas en caso de insuficiencia del margen), así como también en los artículos 25 y 26 (sucursales); y en la *Primera Directiva del Consejo 79/267/CEE*, de 2 de marzo de 1979, *para el seguro directo en el ramo de vida*, principalmente en sus artículos 18 y 19 (margen de solvencia), 20 (fondo de garantía) y 24 (medidas en caso de insuficiencia del margen).

B. Terceras Directivas

Posteriormente las Terceras Directivas actualizaron la citada regulación. Así la *Directiva 92/49/CEE*, de 18 de junio de 1992, *sobre seguros no vida* modificó el artº 16 de la de 1973, y la *Directiva 92/96/CEE*, de 10 de noviembre de 1992, *sobre seguro de vida* modificó el artº 18 de la de 1979.

Estas Directivas modificaron en algún aspecto la regulación del margen de solvencia pero no entraron a fondo en los problemas planteados por el sistema de solvencia europeo dado que existía un alto grado de interés político en su publicación

⁴⁷⁴ Vid. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “*Visión tridimensional del margen...*”. Op. cit. pp. 199 y 200.

⁴⁷⁵ DE MORI, Bruno. “*Possibilité d’établir des bases techniques acceptables pour le calcul d’une marge minimum de solvabilité des entreprises d’assurances contre les dommages*”. *ASTIN Bulletin*. 1965. Vol. III, part. III. pp. 286 a 313.

⁴⁷⁶ Vid. JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “*Visión tridimensional del margen...*”. Op. cit. p 201.

pues consolidaban el mercado único de seguros y ponían en práctica el principio de la autorización administrativa única⁴⁷⁷. Por ello las propias Directivas en sus artículos 25 (no vida) y 26 (vida) establecieron que “a más tardar tres años de la puesta en aplicación de la presente Directiva, la Comisión presentará al Comité de seguros un informe sobre la necesidad de una armonización ulterior del margen de solvencia”, mandato que dio lugar a la constitución del denominado “Grupo Müller” para acometer los trabajos oportunos.

C. Trabajos del Grupo Müller

En abril de 1994 la Comisión abordó por primera vez con el Comité de Seguros⁴⁷⁸ la revisión de las normas reguladoras del margen de solvencia. En dicha reunión se acordó solicitar de la Conferencia de Autoridades de Supervisión de Seguros de los Estados Miembros de la Comunidad Europea que creara un grupo de trabajo para el estudio amplio del tema de la solvencia pidiendo que se informara a la Comisión de los resultados a finales de 1996.

Dicho Grupo de Trabajo fue creado bajo la presidencia del Dr. Helmut Müller, (a la sazón Vicepresidente del BAV⁴⁷⁹, órgano de supervisión alemán), del cual ha recibido su denominación.

Al propio tiempo la Comisión remitió un cuestionario, basado en gran parte en el utilizado por el grupo Müller, al Comité Europeo de Seguros, a la Asociación de Cooperativas y Mutualidades de Seguros Europeas⁴⁸⁰ y al Grupo Consultivo de Actuarios de la Unión Europea, organismos que entregaron sus respuestas a finales de 1996

El Grupo de Trabajo elaboró el correspondiente informe⁴⁸¹ que fue presentado y aprobado por la Conferencia en abril de 1997 y remitido a la Comisión.

D. Informe de la Comisión al Comité de Seguros

Tras la realización del informe por parte del Grupo de Trabajo presidido por el profesor Müller, la Comisión envió su Informe al Comité de Seguros con fecha 24 de julio de 1997. El informe de la Comisión, en su apartado 4 referido a la “evaluación del funcionamiento del actual sistema de margen de solvencia”, establecía⁴⁸²:

⁴⁷⁷ Vid. el “*INFORME al Comité de Seguros sobre la necesidad de una mayor armonización del margen de solvencia*”, elaborado a la vista de los trabajos efectuados por el “Grupo MÜLLER” y presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas. Introducción. p. 2. Bruselas, 24.07. 1997. COM(97) 398 final.

⁴⁷⁸ Organismo que representa a las entidades europeas de seguros por acciones y a determinadas sociedades mutuas.

⁴⁷⁹ Bundesaufsichtamt für das Versicherungswesen.

⁴⁸⁰ Que representa a las cooperativas de seguros y a determinadas mutuas de la Unión Europea.

⁴⁸¹ Rapport: “*Solvabilité des entreprises d’assurance*”. Abril 1997. Editado en alemán, francés e inglés por la Conferencia de Servicios de Control de Seguros de los Estados Miembros de la Unión Europea. Resumen de los riesgos traducido por el autor.

⁴⁸² “*INFORME al Comité de Seguros...*”. Op. cit. pp. 6 a 10.

Primero.- Que el sistema actual era satisfactorio.

Así, según datos del informe “Müller”, al analizar los problemas de solvencia producidos en los últimos veinte años, las autoridades de supervisión comprobaron que solo se plantearon problemas en unos pocos casos cuya mayor parte pudieron ser solucionados mediante ampliaciones de capital o absorciones, lo cual corrobora, en cierta medida, que el margen de solvencia “desempeñó satisfactoriamente su función como mecanismo de alerta, dando tiempo para que las aseguradoras afectadas y las autoridades de supervisión pudieran solucionar los problemas desde su aparición”⁴⁸³.

En otros casos no podía atribuirse a deficiencias del margen de solvencia las situaciones de crisis ya que las aseguradoras habían “incumplido gravemente otras obligaciones que les incumben”, y los problemas se debieron, en la mayor parte de los casos, a deficiencias tales como gestión inexperta o no profesional, política de suscripciones inapropiada, inversiones imprudentes, provisiones técnicas insuficientes, política de reaseguro inadecuada, pérdidas elevadas a consecuencia de un rápido crecimiento, doble cómputo del capital (cuando una aseguradora posee una participación en otra aseguradora y, por tanto, invierte una parte de su margen de solvencia en esta última), operaciones perjudiciales con otras entidades de su mismo grupo, y, por supuesto, fraude o conducta delictiva. Por todo ello el informe “Müller”, que hace suyo la Comisión, establecía que “en general, el margen de solvencia cumple su función de señal de alerta y cobertura de seguridad, pero en ningún caso sustituye a un análisis empresarial eficaz, y aún menos a unas provisiones técnicas prudentemente constituidas e invertidas”⁴⁸⁴.

Segundo.- Que, no obstante, se habían identificado algunos problemas en determinados casos sobre todo en los seguros no vida.

Tales problemas eran, fundamentalmente, inadecuación de las inversiones o de la gestión del activo-pasivo, crecimiento rápido de las empresas, inadecuación de los convenios de reaseguro, falta de instrumentos jurídicos para que las Autoridades de Supervisión pudieran intervenir con suficiente antelación antes de que la situación sea irreversible).

Tercero.- Que los demás sistemas existentes no han demostrado su superioridad respecto al sistema comunitario.

Por lo que no ha lugar a plantearse la sustitución de este último por los primeros para hacer frente a los problemas detectados⁴⁸⁵. Lo anterior se refiere especialmente al

⁴⁸³ “*INFORME al Comité de Seguros...*”. Op. cit. p. 6.

⁴⁸⁴ “*INFORME al Comité de Seguros...*”. Op. cit. pp. 6 y 7.

⁴⁸⁵ “*INFORME al Comité de Seguros...*”. Op. cit. pp. 7 y 8. En dicho informe se indica textualmente: “Fuera de la Unión europea se han implantado sistemas más analíticos; cabe destacar el sistema de capital basado en el riesgo (risk based capital: RBC) utilizado en Estados Unidos. También las agencias de calificación han utilizado durante muchos años variantes del RBC para calibrar la capacidad de las aseguradoras estadounidenses para hacer frente a sus deudas; asimismo, con algunas adaptaciones, aumenta su uso en relación con las aseguradoras europeas. La superioridad de esos sistemas, tal y como se han aplicado, sobre el sistema cautelar europeo no está demostrada. Se trata de modelos que se caracterizan, en especial, por su complejidad y mayor arbitrariedad, en términos comparativos. El sector asegurador europeo critica diversos aspectos del sistema RBC. La Comisión y las autoridades de

sistema de *Risk Based Capital* (RBC)⁴⁸⁶, puesto en práctica en EE.UU en el año 1993 para el seguro de vida y en 1994 para el seguro no vida, a consecuencia de las crisis empresariales que se produjeron en los años ochenta del siglo pasado⁴⁸⁷.

Cuarto.- Que la revisión del sistema debía evitar al sector costes adicionales.

En la conclusión del informe de la Comisión⁴⁸⁸, en síntesis, se estimaba conveniente el mantenimiento de las disposiciones comunitarias sobre margen de

supervisión de la UE consideran que, aunque la experiencia con esos modelos es tan breve que no permite rechazarlos, tampoco existe por el momento, una razón objetiva para darles preferencia absoluta frente al sistema europeo. Sin embargo, en algunos casos, puede ser útil extraer alguna lección de ellos.

Además, es importante señalar que el actual sistema aplicado en la UE se verá pronto complementado con la supervisión adicional de las aseguradoras que formen parte de un grupo de seguros... Como consecuencia de ello (siempre sujeto al resultado final del actual proceso legislativo) se eliminará el doble cómputo y las operaciones intergrupales serán objeto de supervisión. Así pues, dos de las causas que más frecuentemente se asocian a la insolvencia (más arriba indicadas) serán objeto, dentro del vigente sistema de la UE, de disposiciones específicas.

Por ello, la Comisión considera que deben mantenerse los principios que rigen en el actual sistema de la UE. Naturalmente, ello no implica que no se puedan perfilar o complementar determinados aspectos, dentro del presente sistema, para corregir cualquier deficiencia que se haya detectado (como se ha señalado precedentemente)."

⁴⁸⁶ "Si nos atenemos al significado del término inglés, un sistema del tipo "risk-based capital" es aquel en el que la exigencia de fondos propios mínima se basa en el riesgo o riesgos en los que incurre la compañía de seguros. Esta definición es, por lo tanto, muy general. Puede englobar la norma del mínimo de margen europeo: en efecto, utilizando indicadores simples, esta norma pretende establecer una exigencia de fondos propios relacionado con los "riesgos de explotación" que subsisten una vez que la empresa ha constituido provisiones técnicas suficientes y que posee inversiones adecuadas. En realidad el término "risk-based capital" se utiliza generalmente en un sentido más restrictivo, excluyendo al sistema europeo y haciendo una referencia más o menos directa al sistema establecido en los Estados Unidos durante los años 90, denominado precisamente "risk-based capital". En el sector del seguro de vida algunos países ya se inspiraron en las normas americanas para la elaboración de su propia normativa (Japón, Canadá). En el sector no de vida los proyectos de reforma en curso en Australia y Canadá también se inspiran parcialmente en el sistema americano". p. 2 en "NOTA A LA ATENCIÓN DEL SUBCOMITÉ SOBRE SOLVENCIA. Asunto: *Sistemas de tipo "risk-based capital" (fondos propios con ponderación del riesgo)*". COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Mercado Interior. Bruselas, 11 de octubre de 2001. MARKT/2085/01 – ES. Nota inscrita en el proyecto "solvencia 2", correspondiente al trabajo mencionado en el apartado 2.2.2 de la nota con referencia MARKT/2027/01 ("Solvencia 2: presentación de los trabajos previstos", trabajo propuesto nº 3: estudio de los sistemas de solvencia RBC)."

⁴⁸⁷ "Como consecuencia de los hundimientos empresariales de los años ochenta, se elevaron protestas contra algunos Estados que no habían ejercido sus responsabilidades, y se surgió la necesidad de un FBI de los seguros. Dicho de otra forma, había que transferir la responsabilidad legislativa y de inspección a las autoridades federales. Para los gobernadores de los estados, esto hubiera significado una pérdida de influencia política, y para sus respectivas tesorerías, una pérdida de ingresos por los impuestos sobre seguros. Para impedir la realización de este proyecto se reunieron los 50 comisarios de Seguros y se juramentaron para no volver a casa mientras no hubiera diseñado un sistema de solvencia exento de fallos. Sus esfuerzos se vieron coronados por el éxito con la aprobación de la Ley del Modelo RBC de diciembre de 1993". SCHLUDE, Herfried. *La solvencia de las compañías de seguros*". pp. 4 y 5. Ponencia 23. "Seminario internacional de gerencia de riesgos y solvencia de entidades aseguradoras". Taormina. Sicilia. Italia. 30 de mayo a 2 de junio de 1995. MAPFRE.

⁴⁸⁸ "INFORME al Comité de Seguros...". Op. cit. p. 16. En su conclusión el informe decía textualmente: "Examinando los casos de insolvencia y, en general, las dificultades financieras de las aseguradoras registradas en la UE en los últimos veinte años se llega a la conclusión de que el actual sistema de margen de solvencia, además de cimentarse en principios sólidos, ha producido resultados satisfactorios en la práctica. Por esta razón la Comisión cree conveniente mantener las disposiciones comunitarias sobre el margen de solvencia. sin embargo, un análisis detallado revela algunas deficiencias del sistema en el caso de riesgos muy concretos. Para eliminar esas deficiencias es preciso realizar ajustes y mejoras.

solvencia a la vista de los resultados satisfactorios que su aplicación había puesto de manifiesto, se proponía la creación de un grupo de trabajo de expertos nacionales, presidido por la Comisión, con el fin de perfeccionar el sistema y eliminar las deficiencias observadas, y se proclamaba la necesidad de que la legislación comunitaria en materia de margen de solvencia debía seguir sometida a un estrecho seguimiento.

E. Trabajos de la Comisión posteriores al informe “Müller” y propuesta de Directivas: paquete de Solvencia I

Durante los tres años siguientes la Comisión, en colaboración con expertos nacionales del grupo de trabajo del margen de solvencia del Comité de Seguros y con la participación del sector, llevó a cabo una serie de análisis y debates exhaustivos y realizó un estudio a fondo de la problemática que planteaba la regulación vigente del margen de solvencia. Dichos estudios culminaron con la propuesta de Directivas, por parte de la Comisión, que incluían un paquete de medidas denominado “*Solvencia I*”. En julio de 2001 se llevó a cabo el trámite de enmiendas efectuadas por el Parlamento Europeo y por el Consejo de la UE que, publicadas el 14 de marzo de 2002⁴⁸⁹, dieron lugar a las dos Directivas, también de marzo de 2002, a las que más adelante nos referiremos.

La propuesta de medidas que integraban el paquete de “*Solvencia I*” pueden resumirse en los siguientes temas⁴⁹⁰:

Para el seguro de vida,

- a) Armonización mínima: las autoridades de cada Estado pueden establecer normas más rigurosas para las entidades que autoricen.
- b) Indexación, en función de la inflación, del Fondo de Garantía Mínimo
- c) Mayores facultades de intervención inmediata para los supervisores
- d) Cambios en el margen de solvencia para el reaseguro y,
- e) Otras mejoras

En consecuencia, se prevé crear un grupo de trabajo de expertos nacionales, presidido por la comisión, encargado de estudiar la manera de perfeccionar el actual sistema comunitario de margen de solvencia. el citado grupo debe tomar en consideración todas las contribuciones al debate sobre las ventajas del sistema vigente, y en especial las observaciones que se formulan en el importante informe preparado por el Grupo Müller, integrado por las autoridades de supervisión de la UE. El grupo de trabajo debe estar atento a no causar costes adicionales al sector, salvo en situaciones específicas de riesgo en las que los actuales requisitos hayan resultado inapropiados. Por último debe evaluar las consecuencias que las medidas propuestas puedan tener para el sector asegurador de la UE.

Como consecuencia de la labor del grupo de trabajo:

- puede ser necesario introducir algunas modificaciones de las presentes directivas,
- cabe la posibilidad de que se llegue a la conclusión de que otros aspectos concretos del régimen jurídico que garantiza la solvencia de las aseguradoras necesitan un mayor estudio.

Por último, se considera que, en el futuro, la legislación comunitaria en materia de solvencia debe seguir sometida a un estrecho seguimiento, habida cuenta de sus repercusiones económicas y de la función básica que desempeña en el mercado único de seguros.”

⁴⁸⁹ DOCE de 14 de marzo de 2002. C65E pp.136 a 146.

⁴⁹⁰ Vid. la Exposición de Motivos de las Propuestas de Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, presentadas por la Comisión, tanto para el seguro de vida como para los de no vida. Bruselas, 25.10.2000. COM(2000). 617 final, 2000/0249 (COD) y 634 final, 2000/0251 (COD).

Para los ramos de seguro no vida, además de las antes citadas, se proponían las siguientes medidas,

- a) Indexación, en función de la inflación de los umbrales de primas/siniestros.
- b) Incremento del margen de solvencia para determinados ramos (los de Responsabilidad Civil marítima, aérea y general).
- c) Requisitos de margen de solvencia para empresas en “*run-off*” (que empiezan a tener un volumen de contratación perceptiblemente inferior al de años anteriores).

F. Las Directivas de marzo de 2002 sobre requisitos del margen de solvencia de las empresas de seguros

El proceso anteriormente descrito culminó con la publicación de sendas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de marzo de 2002: la 2002/12/CE que modifica la 79/267/CEE sobre el seguro de vida y la 2002/13/CE que modifica la 73/239/CEE sobre seguros no vida⁴⁹¹. Las nuevas Directivas regulan, principalmente, el régimen del margen de solvencia y del fondo de garantía.

En ambos casos el artº. 3.1 de dichas Directivas, que entraron en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, establece que la fecha límite para incorporarlas al Derecho nacional es el 20 de septiembre de 2003.

Las modificaciones contenidas en las indicadas Directivas constituían una prioridad política establecida por el Plan de Acción en materia de Servicios Financieros, razón por la cual han sido puestas en vigor, si bien continuarán los trabajos en el seno del proyecto “Solvencia II”, al que más adelante nos referiremos, con el fin de abordar un estudio sobre la situación financiera global de una empresa de seguros, que tenga en cuenta todos los factores de estabilidad financiera de la misma.

G. El proyecto “Solvencia II”

a. Justificación de la reforma

En el apartado sobre “futura actuación de la Comisión”⁴⁹² contenido en la Exposición de Motivos de la propuesta de Directivas, -que la Comisión presentó y que dieron lugar a las antes referidas que han finalizado el proyecto “Solvencia I”-, se indicaba que los trabajos preparatorios efectuados habían puesto de manifiesto que el margen de solvencia obligatorio es uno más de los parámetros importantes para determinar la situación financiera global del asegurador. Para ello deben ser tenidos en cuenta tanto aspectos financieros, además del margen de solvencia, como aspectos no financieros.

Entre los aspectos financieros a considerar estarían la suficiencia de las provisiones técnicas; los riesgos de activo e inversión; la gestión activo-pasivo; los acuerdos de reaseguro y la metodologías contables y actuariales. Entre las cuestiones no financieras, pero igualmente importantes, deben mencionarse la aplicación de criterios

⁴⁹¹ DOCE de 20.3.2002. pp. 11 a 22.

⁴⁹² Vid. la “Exposición de Motivos de las Propuestas de Directivas...”. Op. cit. p. 5.

de gestión aptos y apropiados y la posibilidad de efectuar inspecciones “in situ” o supervisar el funcionamiento de la empresa de seguros.

Aunque el análisis efectuado, -continúa diciendo la mencionada Exposición de Motivos-, ha puesto de manifiesto la suficiencia del régimen de margen de solvencia es posible que en el futuro pueda empeorar la situación de las empresas aseguradoras por distintas razones tales como: -la liberalización de tarifas, por aplicación de las terceras directivas vida y no vida; -la implantación del euro; -la política de fusiones y adquisiciones, que presiona sobre las pequeñas empresas; -la presión de los accionistas para reducir al mínimo el capital libre de una empresa de seguros; -los nuevos métodos y canales de distribución, como “Internet” y la contratación directa que reducen costes de adquisición y eliminan obstáculos para acceder al mercado; -y una menor rentabilidad de las inversiones, ya que parece poco probable que puedan mantenerse los rendimientos financieros de los últimos veinte años, tenidos en cuenta para efectuar el informe “Müller”.

Tales factores auguran, en opinión de la Comisión, un futuro de creciente competencia y una reducción de los capitales libres disponibles en las empresas de seguros, circunstancias estas que justifican la realización del estudio denominado “Solvencia II” que analice la situación financiera global de una empresa de seguros abarcando todos los factores anteriormente mencionados. Dicho estudio deberá ser incluido dentro del informe exigido por las directivas de marzo de 2002⁴⁹³ y que la Comisión, a más tardar el 1 de enero de 2007, deberá presentar al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de las Directivas y, si fuera preciso, sobre la necesidad de una mayor armonización.

b. Ejecución del proyecto

Para realizar los estudios pertinentes se han constituido dos Grupos de Trabajo: uno en el Comité de Seguros de la Unión Europea y otro en la Conferencia de Autoridades de Supervisión⁴⁹⁴.

En el seno del Comité se creó el Subcomité sobre Solvencia, el cual, a su vez, estableció dos Grupos de Trabajo, uno para el Seguro de Vida y otro para los Seguros de No Vida.

Al plantear en mayo de 2001 el trabajo a realizar en el proyecto “Solvencia II” éste se dividió en dos fases. El objeto de la primera fase era el de establecer “la forma general del sistema de solvencia, una vez estudiados los principales temas vinculados a esta problemática”. Una vez terminada la primera fase, que acabó a finales de 2002, se iniciaría la segunda cuyo fin sería el de definir los detalles del sistema.

⁴⁹³ Artº 3.4 de cada una de las Directivas citadas

⁴⁹⁴ En España se han constituido dos Grupos de Trabajo: un Grupo de Trabajo Nacional creado a iniciativa de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y bajo su coordinación, integrado por el ICAC, UNESPA, Confederación de entidades de Previsión Social, Instituto de actuarios Españoles e ICEA. También en UNESPA se ha creado otro Grupo de Trabajo, con seis subgrupos, y que funcionará con un Comité de Coordinación y un Plenario (en el que participarán todas las entidades que quieran adherirse al Grupo de Trabajo)

En esta primera fase se han producido dos estudios generales: Uno el informe publicado con fecha 2 de mayo de 2002 por los servicios de la Comisión, encargado por la Dirección General para el Mercado Interior y realizado por la consultora KPMG, relativo a los mecanismos de evaluación de la situación financiera global de las empresas de seguros en el marco de la supervisión prudencial⁴⁹⁵. Otro el llevado a cabo por el Grupo de Trabajo de la Conferencia de Autoridades Supervisoras Europeas, conocido como informe SHARMA, que toma su nombre del Presidente del Grupo.

También fueron elaboradas por el Subcomité sobre Solvencia diferentes notas de debate que fueron sometidas al análisis de los Estados Miembros. Así mismo los Grupos de Trabajo para el seguro de Vida y de No Vida emitieron sus respectivos informes.

Los documentos de trabajo han tenido una amplia difusión dando lugar a la exposición de sus respectivas posiciones por parte de los Estados miembros y de diferentes organizaciones e instituciones sectoriales tales como el CES⁴⁹⁶, la GDV⁴⁹⁷, la FFSA⁴⁹⁸, la VVO⁴⁹⁹, la ACME⁵⁰⁰, la AISAM⁵⁰¹ y el CTIP⁵⁰².

A la vista de los informes antes mencionados los servicios de la Comisión elaboraron una extensa “Nota a la atención del Subcomité sobre Solvencia”⁵⁰³, en la que, además de resumir los trabajos realizados y sus conclusiones, se exponían las etapas siguientes del proyecto que incluyen dos reuniones más del Subcomité. La nota citada servirá para generar el debate previo a la primera reunión, tras la cual se elaborará una segunda nota que sería objeto de debate en la segunda reunión del Subcomité en marzo de 2003, tras la cual podría celebrarse un primer debate de orientación en la sesión de primavera del Comité de Seguros y, en caso de existir consenso, los servicios de la Comisión organizarán la segunda fase del proyecto.

⁴⁹⁵ En el preámbulo a la presentación del indicado estudio se señala que: “Las exigencias de solvencia a las que están sometidas actualmente las empresas de seguros en la Unión Europea han funcionado bien a lo largo del tiempo; ellas han incrementado significativamente la protección de los asegurados en la Unión. Sin embargo, desde la creación de estas reglas, tanto el mercado asegurador como el ejercicio del control han experimentado importantes evoluciones; era, pues, necesario volver a evaluar dichas reglas en comparación con sus propios objetivos. Al principio del año 2000 los servicios de la comisión comenzaron, con los Estados miembros, un nuevo examen general de las formas de evaluar la situación financiera global e una empresa de seguros (el proyecto “Solvencia II”). Uno de los objetivos del proyecto es establecer un sistema de solvencia que esté todavía más adaptado a los verdaderos riesgos de una compañía de seguros. Un futuro sistema de solvencia europeo debería, por otra parte, evitar ser excesivamente normativo o inútilmente complejo, y debería reflejar las evoluciones del mercado (tales como los productos derivados y la transferencia alternativa de riesgos) y, en la medida de lo posible, estar fundado en principios contables comunes. Un proyecto vasto y complejo como Solvencia II necesita numerosos conocimientos previos y actualizaciones sobre la evolución del mercado de seguros”. (Texto en francés traducido por el autor).

⁴⁹⁶ Comité Europeo de Seguros

⁴⁹⁷ Federación General Alemana de Compañías de Seguros

⁴⁹⁸ Federación Francesa de Compañías de Seguros.

⁴⁹⁹ Federación Austríaca de Compañías de Seguros.

⁵⁰⁰ Asociación de Aseguradoras Cooperativas y mutualistas de Seguros.

⁵⁰¹ Asociación Internacional de Mutuas de Seguros.

⁵⁰² Centro Técnico de las Instituciones de Previsión (Francia).

⁵⁰³ Vid, “Nota a la atención del Subcomité sobre Solvencia”, de 28 de noviembre de 2002, elaborada por los servicios de la Comisión (http://europa.eu.int/comm/internal_market/), en la que se expone un resumen de los trabajos realizados en la primera fase del proyecto, las conclusiones obtenidas de dichos trabajos, una serie de reflexiones sobre el diseño del sistema de solvencia y las próximas etapas del proyecto.

Para un sector de la doctrina, “Solvencia II es el proyecto más ambicioso al que se haya enfrentado la industria aseguradora. El calado de sus enfoques revisionistas va a suponer un cambio en la mentalidad u roles de actuación de todos los actores : aseguradoras, supervisores, actuarios, auditores, etc.”⁵⁰⁴.

1.1.4. Reformas introducidas por las citadas Directivas de 5 de marzo de 2002

A. Introducción

La *Directiva 2002/12/CE sobre el seguro de vida* modifica la 79/267/CEE en su artº 3.2 referente a los requisitos de determinadas entidades mutuas para no estar sometidas a sus preceptos.

Pero la reforma importante se encuentra en la nueva redacción que se da a los arts. 18 y 19 (margen de solvencia) y 20 (fondo de garantía) y la incorporación de dos nuevos preceptos: el artº 20-bis (actualización de la cuantía mínima del fondo de garantía de acuerdo con el índice europeo de precios al consumo) y el artº 24-bis (mayores posibilidades de intervención de las autoridades supervisoras).

La *Directiva 2002/13/CE sobre el seguro de no vida* también modifica la 73/239/CEE en su artº 3.1 referente a los requisitos de determinadas entidades mutuas para no estar sometidas a sus preceptos.

Pero, igualmente, la reforma de más importancia se encuentra en la nueva redacción que se da a los arts. 16 (margen de solvencia y elementos patrimoniales que lo constituyen) y 17 (fondo de garantía) y la incorporación de tres nuevos preceptos: el artº 16-bis (cálculo de la cuantía del margen de solvencia obligatorio), el 17-bis (actualización de las cifras base de primas y siniestros y de la cuantía mínima del fondo de garantía de acuerdo con el índice europeo de precios al consumo) y el artº 20-bis (mayores posibilidades de intervención de las autoridades supervisoras).

B. Novedades comunes

1ª. Obligación de mantener el margen de solvencia “en todo momento”.

2ª. Incremento del Fondo de Garantía Mínimo para adaptarlo a la inflación producida desde que fue establecido y actualización futura del mismo aplicando el índice europeo de precios al consumo.

3ª Se faculta a las Autoridades de supervisión competentes para que intervengan con la suficiente antelación en aquellas situaciones en que se vean amenazados los derechos de los asegurados y se prohíbe que pueda certificarse que la empresa tiene margen de solvencia suficiente.

⁵⁰⁴ BERNALDO DE QUIRÓS BOTIA, Javier. Solvencia II. Un reto común para las aseguradoras y el supervisor”, en “*Encuentros Financieros 2002*. ICEA. Madrid 8 de mayo. *Segundo Encuentro BASILEA: SOLVENCIA II EN EL SECTOR ASEGURADOR*”.

4ª. Se faculta a las Autoridades de supervisión competentes para que, en determinadas circunstancias, puedan disminuir la reducción del margen de solvencia obligatorio por razón de las operaciones de reaseguro.

5ª. Las normas de la Directiva se consideran mínimas. Las Autoridades de supervisión del Estado de origen podrán establecer normas más estrictas para las entidades autorizadas por ellas.

C.. Novedades exclusivas de los seguros de vida

La principal novedad es que la posibilidad de incluir beneficios futuros en el margen de solvencia se limita y somete a condiciones y, en cualquier caso, se elimina a partir de 2009.

D. Novedades exclusivas de los seguros no vida

En síntesis las principales novedades son las siguientes:

1ª. Incremento de las cifras de primas y siniestros a partir de las cuales se aplican los tipos reducidos para adaptarlas a la inflación producida desde que fueron establecidos y actualización futura de los mismos aplicando el índice europeo de precios al consumo.

2ª. Establecimiento de un margen de solvencia suficiente, tomando como referencia el volumen de provisiones técnicas, cuando el asegurador reduzca sustancialmente su nueva producción o deje de contratar nuevos seguros.

3ª. Incremento del margen de solvencia en determinados ramos no vida con un perfil de riesgo particularmente volátil.

4ª. Se introducen ajustes en el método de cálculo del margen de solvencia para darle más coherencia con los diferentes planteamientos contables y actuariales.

1.1.5. Aspectos positivos y negativos del actual diseño del margen de solvencia en la normativa española vigente

En principio debe señalarse que la implantación comunitaria de una normativa general reguladora del margen de solvencia en las entidades aseguradoras constituyó uno de los pasos más importantes para la consecución de un “mercado común del seguro”. Con ellas, por un lado, los asegurados comunitarios tenían las mismas garantías en cuanto a la solvencia dinámica de sus aseguradores y, por otro, los aseguradores vieron reforzada la libertad de establecimiento en cualquier estado miembro de la Comunidad⁵⁰⁵.

La diversidad de tratamiento que en cada país se daba a esta materia, cuando no la ausencia de norma alguna al respecto⁵⁰⁶, hacían aconsejable establecer una regulación

⁵⁰⁵ Vid. al respecto: LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. p. 32.

⁵⁰⁶ Debe tenerse en cuenta al respecto que cuando el Comité de Seguros de la OCDE aprobó el informe del Grupo de Trabajo sobre el Control de Seguros solo dos países disponían de manera explícita de un

que fuera razonablemente fiable y no excesivamente compleja en su aplicación si se quería tener éxito en la armonización normativa, ya que se trataba de introducir una primera disciplina de mercado en este fundamental aspecto de la actividad aseguradora. Por ello prevaleció el sistema del patrimonio propio no comprometido frente a otros quizás técnicamente más elaborados pero, precisamente por ello, de más difícil aplicación y generalización.

No obstante han sido muchas las voces críticas que han resaltado las carencias del modelo comunitario de margen de solvencia. Así, por un sector de la doctrina se han señalado las siguientes deficiencias⁵⁰⁷:

1ª. Los porcentajes aplicables a las primas y a la siniestralidad en los seguros no vida, obtenidos de una experiencia analizada hace ya bastantes años, se encuentran desactualizados según han puesto de manifiesto estudios posteriores⁵⁰⁸.

2ª. Tiene un carácter excesivamente general y no discrimina en función de la calidad del negocio ya que su importe depende de la cantidad de este último.

3ª. No tiene en cuenta las diferentes modalidades del reaseguro, instrumento fundamental para la homogeneización cuantitativa de los riesgos aceptados. El establecimiento del límite del 50% en las cesiones se ha considerado que “no tiene otra justificación que el deseo de alcanzar una transacción entre los partidarios de las cifras netas y los de las cantidades brutas”⁵⁰⁹, según se admita o no la deducción de la totalidad de los riesgos cedidos⁵¹⁰.

mecanismo de garantías suplementarias: Reino Unido, que exigía a las entidades de no vida un determinado patrimonio libre y Francia, que exigía un “suplemento a las reservas técnicas”. Vid. al respecto ALDAZ ISANTA, Juan Emilio. “El margen de solvencia...”. Op. cit. p.57.

⁵⁰⁷ Vid. al respecto: LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. p. 32 a 35. Vid. también GIL FANA, José Antonio y DEL POZO GARCÍA, Eva María. “Vigencia de la regulación...”. Op. cit. pp. 14 y 15

⁵⁰⁸ Tales como los de DE WIT y KASTELIJN que basándose una experiencia de 71 compañías de los Países Bajos entre los años 1976 a 1978 y utilizando la misma metodología de los cálculos iniciales llegaron a conclusiones bastantes diferentes en los porcentajes a aplicar a las primas de tarifa (un 60% frente a un 23% inicial para una probabilidad de ruina del 0.0003% en un año). En lo referente a la siniestralidad esta representaba, en el nuevo estudio, un 71’7% de las primas mientras que en el inicial era del 43% de las primas. Vid. al respecto LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. p. 32 ; GIL FANA, José Antonio y DEL POZO GARCÍA, Eva María. “Vigencia de la regulación...”.Op. cit. pp. 14 y 15; y DEL POZO GARCÍA, Eva María. “Fundamentos técnicos...”. Op. cit. pp. 48 y 49 , citando a DE WITT, G.W. y KASTELIJN, W.N. en “The solvency margin in non-life insurance companies”. *ASTIN Bulletin*. Vol. XI. 1980.

Por lo que se refiere a la experiencia española utilizando datos de siniestralidad de empresas españolas y aplicando una metodología más propia de la Teoría del Riesgo Colectivo también se obtiene un margen de solvencia superior al de la legislación comunitaria, como se pone de manifiesto en la Tesis Doctoral de Luis LATORRE LLORENS. Universidad Complutense de Madrid. 1989. Vid. al respecto DEL POZO GARCÍA, Eva María. “Fundamentos técnicos...”. Op. cit. pp. 49 y VEGAS ASENSIO, Jesús en el prólogo a LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. p. 10.

⁵⁰⁹ LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. p. 33.

⁵¹⁰ Este punto podemos verlo resumido en ALDAZ ISANTA, Juan Emilio. “El margen de solvencia...”. Op. cit. p.66, cuando al comentar los trabajos preliminares para el establecimiento del margen de solvencia se expresa de la siguiente manera: “Con respecto al punto d), es decir al reaseguro, no se ha llegado todavía a un acuerdo unánime entre los miembros del Grupo, puesto que unos entienden que el mínimo debería ser fijado partiendo de las cifras del seguro directo, mientras que otros estiman que el reaseguro debería ser reducido para efectuar el cálculo del mínimo de solvencia. Esta última solución de deducir el reaseguro se apoya en un hecho razonable, como es el de pensar que el reaseguro se realiza precisamente para aumentar el nivel de solvencia de la entidad, y de no tenerse en cuenta, entonces se exigiría doble juego de garantías; el del margen de solvencia para el seguro directo y el debido a la

4ª. La cuantía mínima del margen de solvencia, en función de primas y en función de la siniestralidad, parte de la base de que la prima de riesgo, que debe hacer frente al coste de la siniestralidad, representa el 70% de la prima comercial o de tarifa. Ello supone, principalmente, la ausencia de inflación y que los gastos de gestión interna (de administración) y los gastos de gestión externa (comerciales) permanezcan constantes en dicha proporción.

5ª. La regulación del margen de solvencia no exige ningún requisito de calidad para los activos que deban cubrir el patrimonio propio no comprometido.

6ª. No se admiten las provisiones de estabilización o de equilibrio entre las partidas computables para cubrir el margen de solvencia, como es el caso de los seguros de crédito y caución en los cuales la propia Directiva que los regula prohíbe que su importe sea tenido en cuenta para el cálculo del margen aunque esta posición puede tener su explicación en facilitar la deducibilidad fiscal de dichas provisiones técnicas⁵¹¹.

Para finalizar, esta posición doctrinal concluye que “el margen de solvencia ha significado un paso importante en la tecnificación del sector asegurador, pero debería someterse a profundas revisiones. Su concepción adolece de un perturbador equívoco: desde un punto de vista actuarial es una provisión técnica, mientras que desde la perspectiva jurídica es una reserva libre. Esta indefinición debería evitarse, tal vez mediante la sustitución del margen por un sistema de provisiones técnicas de equilibrio que al propio tiempo sean más adecuadas a las características técnicas de cada clase de riesgos”⁵¹².

1.1.6. Concepto vigente de margen de solvencia

A. Normativa comunitaria

a. Entidades de seguros distintos al de vida: Primera y Tercera Directivas

La Primera Directiva 73/239/CEE sobre el seguro no vida estableció en su artº 16.1, que: “*Cada Estado miembro obligará a todas las empresas cuyo domicilio social esté situado en su territorio a constituir un margen de solvencia suficiente relativo al conjunto de sus actividades. El margen de solvencia corresponderá al patrimonio de la empresa, libre de todo compromiso previsible, y con deducción de los elementos intangibles*”. El nº 3 de dicho artº estableció que “*el margen de solvencia deberá ser igual al mayor de los dos resultados siguientes*.” (cálculo en función de las primas y en función de los siniestros).

La Tercera Directiva 92/49/CEE del Consejo sobre el seguro no vida, dio nueva redacción al indicado artº 16.1 de la de 1973 estableciendo, entre otras modificaciones,

división técnica del riesgo a través del reaseguro. Por otra parte los defensores de la tesis del margen de solvencia sobre el seguro directo, entienden que es este asegurador directo quien está obligado frente al asegurado y que la operación de reaseguro es una operación interna, función de sus dimensiones financieras”.

⁵¹¹ Directiva 87/343/CEE, de 22 de junio de 1987, que modificó la 73/239/CEE sobre seguros no vida en lo referente al seguro de crédito y al seguro de caución. DOCE N° L de 4 de julio de 1987.

⁵¹² LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. p. 35.

que: “*El Estado miembro de origen exigirá a las empresas de seguros que constituyan un margen de solvencia suficiente con respecto al conjunto de sus actividades. El margen de solvencia corresponderá al patrimonio de la empresa, libre de todo compromiso previsible, y con deducción de los elementos intangibles*”. No obstante, esta Directiva salvo la omisión de la referencia al “domicilio social”, y la precisión a que el Estado miembro es el “de origen” y a que las empresas afectadas eran las “de seguros” no alteró, en cuanto al concepto del margen de solvencia se refiere, la redacción de la de 1973.

b. Entidades de seguros de vida: Primera y Tercera Directivas

La Primera Directiva 79/267/CEE sobre el seguro de vida dispuso en el primer párrafo de su artº 18 que: “*Cada Estado miembro obligará a cualquier empresa cuya sede social esté situada en su territorio, a disponer de un margen de solvencia suficiente, en relación con el conjunto de sus actividades. A continuación dicho artº disponía, que “el margen de solvencia estará constituido: 1. Por el patrimonio de la empresa, libre de cualquier obligación previsible, con deducción de los elementos inmateriales*”. Por su parte el artº 19, primer párrafo, de la citada Directiva dispuso que “*el mínimo del margen de solvencia estará determinado como sigue, según los ramos ejercidos*”.

La Tercera Directiva 92/96/CEE del Consejo dio nueva redacción al nº 1 del artº 18 y modificó , aunque no de manera sustancial, el texto anterior disponiendo que el margen de solvencia estaría constituido “*por el patrimonio de la empresa, libre de todo compromiso previsible, con deducción de los elementos inmateriales*”, sin alterar el resto del texto anteriormente transcrito de la Directiva de 1979.

c. Directivas de 5 de marzo de 2002 (vida y no vida)

Por su parte las Directivas 2002/12/CE (vida) y la 2002/13/CE (no vida), de 5 de marzo de 2002, que actualizan la regulación del margen de solvencia y modifican la contenida en las Primeras Directivas de 1979 y 1973, respectivamente, disponen que: “*Cada Estado miembro obligará a toda empresa de seguros cuya sede social esté situada en su territorio a mantener en todo momento un margen de solvencia disponible suficiente con respecto al conjunto de sus actividades y que sea, como mínimo, igual a las exigencias de la presente Directiva. El margen de solvencia disponible estará constituido por el patrimonio de la empresa de seguros, libre de todo compromiso previsible, deducidos los elementos intangibles*”.

Dicho concepto reproduce prácticamente el de la Primera Directiva no vida de 1973, con la importante novedad de que se exige que el margen ha de mantenerse “*en todo momento*”. Además se sustituye el término “domicilio” por “*sede*”, se añaden dos calificativos al referirse a la empresa “*de seguros*” y al margen de solvencia “*disponible*”, se incluye en el texto la referencia al “*mínimo*” exigible y, siguiendo el texto de las Directivas de vida, sustituye el término “*corresponderá*” por el más preciso de “*estará constituido*”.

Tal y como se encuentra formulado en la normativa comunitaria el margen de solvencia, con alguna matización como veremos en su momento, coincide con el

conjunto de recursos propios y capitales libres que constituyen el patrimonio neto de la empresa. Así se ha considerado en general por la doctrina⁵¹³.

No obstante un sector doctrinal considera que no es del todo exacto decir que el margen de solvencia es el patrimonio libre o el patrimonio neto de la empresa. El patrimonio libre o, mejor, los “activos libres”, según este parecer, es más bien el “componente”, la “materia prima” del margen pero no el margen de solvencia mismo, el cual se configura más bien como una garantía financiera dinámica complementaria de las provisiones técnicas. En tal sentido, puede ser concebido *lato sensu* “como aquel fondo de recursos financieros del asegurador orientados, por una parte, a suplir la insuficiencia funcional de las provisiones técnicas y por la otra, a paliar, “in genere”, el riesgo de explotación inherente a la actividad por él desarrollada (alea comercial)”, y *stricto sensu* como una “reserva complementaria de seguridad integrada con recursos libres del asegurador que, *ministerio legis*, debe constituir y mantener durante el ciclo societario”⁵¹⁴.

1.2. Establecimiento del margen de solvencia en el Ordenamiento Jurídico español.

1.2.1. Antecedentes legales y régimen vigente

A. Real Decreto 2 de marzo de 1978

El primer antecedente de regulación del margen de solvencia en España lo encontramos en el Real Decreto 478/1978, de 2 de marzo⁵¹⁵, si bien la medida se

⁵¹³ DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. “*Derecho español de seguros*”. Tomo I. Parte general. p. 155. Madrid. 1983.

FERNANDEZ PALACIOS, Juan y MAESTRO, José Luis. “*Manual de contabilidad y análisis financiero de seguros*”. p. 558. Centro de estudios del Seguro S.A. Madrid. 1991.

GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, José Elías. “*Aspectos técnicos de la legislación del seguro privado*”. p. 359. Centro de estudios del Seguro”. Madrid. 1991.

LEVIE, Guy. “*Droit européen des assurances*”. pp. 70 y 71. Bruylant. Bruxelles. 1992.

LATORRE LLORENS, Luis. Op. cit. p. 35.

DI CAGNO, Nicola y ADAMO, Stefano. “*L’Economia delle aziende di assicurazione, amministrazione e controllo*”. p. 286, en Collana de Studi e Ricerche sul Sistema-Azienda. G. Giappichelli Editore. Torino. 1994.

MORO, Ornella. “*I flussi finanziari nelle imprese di assicurazione. Aspetti gestionali*”. p. 90, en Scritti di economia aziendale. EGEA (Edizioni Giuridiche Economiche Aziendale dell’Università Bocconi e Giudfrè editori S.p.A). Milano. 1997.

GIL FANA, José Antonio y DEL POZO GARCÍA, Eva María. “*Vigencia de la regulación...*”. Op. cit. p. 15.

MARTÍN PEÑA, María Luz; LEGUEY GALÁN, Santiago; y SANCHEZ LÓPEZ, José María. “*Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante*”. p. 41. Colección “*Cuadernos de la Fundación*”, nº 49. Octubre 1999. Fundación MAPFRE Estudios. Madrid.

MAESTRO, José Luis. “*Garantías técnico-financieras de las entidades aseguradoras*”. p.351. EAE. Winterthur. Barcelona. 2000.

DEL POZO GARCÍA, Eva María. “*Fundamentos técnicos...*”. Op. cit. pp. 37.

⁵¹⁴ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “*Visión tridimensional del margen...*”. Op. cit. pp. 208 a 210.

⁵¹⁵ Dicho Real Decreto, con una dudosa base legal en opinión de un sector de la doctrina, constituyó el desarrollo del artº 28 del Proyecto de Ley de Ordenación y Fomento de los Seguros privados de 30 de abril de 1977. Vid. al respecto: TIRADO SUREZ, Francisco Javier. “*Ley ordenadora del seguro privado*.”

implantó con prudencia fijando unos niveles algo inferiores a los de la CEE, aplicando una fórmula más sencilla y no exigiendo el Fondo de Garantía⁵¹⁶ y justificando su implantación a la vista de que “medida similar a la mencionada ha sido adoptada en la generalidad de los países de nuestra área geográfica que tienen estructura económica análoga”, según explica la exposición de motivos de la citada norma.

El referido Real Decreto estableció en su artº 2.1 que: “*Las Entidades aseguradoras deberán disponer en cada ejercicio económico de un patrimonio propio, no comprometido, que guarde con las primas netas de anulaciones, con los siniestros pagados y con las reservas matemáticas, los porcentajes que se determinan en el número dos.*”.

La indicada norma disponía también en su artº 2.4 que la entidad cuyo patrimonio no alcanzase el límite mínimo requerido debería suspender la emisión de nuevas pólizas, si bien se podía solicitar del Ministerio de Hacienda un plazo de hasta dos años para alcanzar dicho mínimo, no teniendo que suspender la emisión de pólizas si se cumplían las condiciones señaladas en la autorización que hubiera concedido el referido plazo.

Así mismo el real decreto dispuso una norma transitoria en virtud de la cual las entidades ya inscritas a la entrada en vigor del mismo concedía el plazo de un año para alcanzar el patrimonio mínimo exigido y podían solicitar del Ministerio un plazo de hasta cuatro años para cumplir con la exigencia, plazo durante el cual no tenían la obligación de suspender la emisión de pólizas si se cumplían las condiciones de la autorización.

B. Real Decreto de 15 de octubre de 1982

Posteriormente el Real Decreto 3052/1982, de 15 de octubre, modificó el sistema del de 1978 incorporando plenamente la regulación comunitaria, incluido el Fondo de Garantía, “con el fin de proseguir la adaptación del Sector de Seguros a la normativa de la Comunidad Económica Europea, a la vista de los acuerdos de principio adoptados en la sesión negociadora con la citada Comunidad” ...⁵¹⁷.

Dicho Real Decreto dispuso en su artº uno, apartado uno, que: “*las entidades aseguradoras deberán disponer en cada ejercicio económico, como margen de solvencia, de un patrimonio propio no comprometido, deducidos los elementos inmateriales, de cuantía igual o superior a la que se determina en los artículos segundo y tercero de este Real Decreto*”, y en su artº cuatro establecía que “*la tercera parte del margen de solvencia fijado conforme a los artículo anteriores, constituye el fondo de garantía*”, y señalándose a continuación los límites mínimos de dicho fondo.

Exposición y crítica”. Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla. 1984. pp. 148 y 149.

⁵¹⁶ DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. “*Derecho español de seguros*”. Op. cit. p. 155. Madrid. 1983.

⁵¹⁷ Exposición de motivos del R.D. 3091/1982, de 15 de octubre. (BOE de 19 de noviembre).

La citada norma incorporaba también la regulación de las Directivas Comunitarias sobre las posibles medidas cautelares a aplicar en caso de insuficiencia del margen de solvencia, del fondo de garantía o de las reservas técnicas⁵¹⁸.

C. Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984

Con la publicación de la Ley de Ordenación de 2 de agosto de 1984 y su Reglamento de 1 de agosto de 1985, el régimen del margen de solvencia, del fondo de garantía y de medidas cautelares se integró en la nueva normativa, quedando derogado el R.D. de 1982.

Esta Ley en la redacción original de su artº 25. 1 disponía que: “*Las entidades aseguradoras deberán disponer en cada ejercicio económico, como margen de solvencia, de un patrimonio propio no comprometido, deducidos los elementos inmateriales, en la cuantía que determine el Reglamento de esta Ley*”, disponiendo el nº 2 de dicho precepto que “*la tercera parte del margen de solvencia, fijado conforme al número anterior, constituye el fondo de garantía que no podrá ser inferior a [los mínimos establecidos por la Ley]*”.

Posteriormente la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada modificó diversos preceptos de la Ley de Ordenación de 1984⁵¹⁹ y, entre ellos, dio una nueva redacción al artº 25, cuyo nº 1, párrafo primero, quedó redactado del siguiente tenor: “*Las entidades aseguradoras deberán disponer en todo momento, como margen de solvencia, de un patrimonio propio no comprometido suficiente en relación a los riesgos asumidos. Reglamentariamente se regulará el cálculo del importe mínimo legalmente exigible del margen de solvencia, las partidas computables por las entidades aseguradoras como integrantes de su patrimonio propio no comprometido y los elementos que, por su naturaleza o características, deben deducirse a efectos de cálculo del margen de solvencia*”.

D. Régimen vigente: la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995 y Reglamento para su desarrollo de 20 de noviembre de 1998

La regulación vigente de esta materia se encuentra recogida, respectivamente, en los artículos 17 (margen de solvencia) y 18 (fondo de garantía) de la Ley de Ordenación de 8 de noviembre de 1995 y en los artículos 58 a 62 (margen de solvencia) y 63 (fondo de garantía) del Reglamento de Ordenación de 20 de noviembre de 1998.

En la exposición que a continuación haremos de dicha materia trataremos tanto el régimen aplicable a las entidades aseguradoras individualmente consideradas como el relativo a los grupos consolidables de tales entidades.

⁵¹⁸ También el Real Decreto de 1982 fue acusado de carecer de suficiente base legal, en especial la regulación referente al Fondo de Garantía, por considerar que elevaba los límites de capital social exigidos por la Ley de 16 de diciembre de 1954, todavía vigente cuando se publicó dicho R.D. Vid.: TIRADO SUREZ, Francisco Javier. “*Ley ordenadora...*”. Op. cit. p. 150.

⁵¹⁹ Ley 13/1992, de 1 de junio, sobre recursos propios y supervisión en base consolidada (BOE de 2 de junio de 1992). Dicha Ley modificó los artículos 22, 25, 42 y 43 de la Ley de Ordenación del seguro Privado de 2 de agosto de 1984.

1.2.2. Entidades aseguradoras individuales

A. Concepto de margen de solvencia

Al igual que ocurre con la normativa comunitaria la legislación española carece de un concepto de la institución, lo cual ha sido positivamente valorado por algún sector de la doctrina que considera que “la labor del legislador, cualquiera que él sea, no debe comprender la factura o creación de definiciones, por importantes que resulten”, siendo este proceder más propio de la jurisprudencia y de la doctrina especializada⁵²⁰.

En general, como antes quedó indicado, la doctrina se decanta por considerar que el margen de solvencia tal y como se encuentra formulado en la normativa comunitaria coincide con el conjunto de recursos propios y capitales libres que constituyen el patrimonio neto de la empresa, con alguna excepción en las partidas válidas para su cómputo que no tienen tal carácter, como más adelante se verá.

B. Exigencia legal del margen de solvencia

El artº 17.1 de la Ley de Ordenación regula la obligación de disponer del margen de solvencia cuando establece que: “*Las entidades aseguradoras deberán disponer en todo momento de un margen de solvencia suficiente respecto al conjunto de sus actividades*” y el punto 2 de dicho artículo aclara en qué consiste el margen de solvencia al decir que éste “*estará constituido por el patrimonio de la entidad aseguradora libre de todo compromiso previsible y con deducción de los elementos inmateriales*” y el punto 5 de dicho artículo precisa que se determinarán reglamentariamente “*la cuantía*” del margen de solvencia exigible, “*los elementos constitutivos*” del mismo, “*los requisitos que han de reunir dichos elementos*”, “*los límites aplicables a los mismos*” y la “*definición de elementos inmateriales*”.

Por su parte el Reglamento de Ordenación en su artº 58.1 dispone que las entidades aseguradoras “*deberán disponer, en todo momento, como margen de solvencia, de un patrimonio propio no comprometido suficiente respecto al conjunto de sus actividades en España y fuera de ella*”⁵²¹.

Como puede apreciarse el texto reglamentario sustituye la expresión de la Ley “*patrimonio de la entidad aseguradora libre de todo compromiso previsible*” por la de “*patrimonio propio no comprometido*” que es el que, con excepción de la Ley vigente, ha sido el utilizado por la normativa española desde el Real Decreto de 1978 antes citado. Además al referirse a que el patrimonio debe ser suficiente para el conjunto de actividades añade la precisión de que tales actividades serán las realizadas “*en España y fuera de ella*”.

⁵²⁰ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “*Visión tridimensional del margen...*”. Op. cit. pp. 206 a 207.

⁵²¹ Este texto no sufrió modificación alguna en la nueva redacción dada al artº 58 del Reglamento de Ordenación por el Real Decreto 996/2000, de 2 de junio, que modificó determinados preceptos del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1998, y del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras de 1997, para adaptarlos a la Directiva 98/78/CE, de 27 de octubre, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros

El diseño legal del margen de solvencia merece los siguientes comentarios:

1º. La normativa impone el carácter permanente del margen de solvencia al establecer que las entidades deben disponer de éste “*en todo momento*”.

Siguiendo lo expuesto al comentar la obligación de cobertura permanente de las provisiones técnicas, podemos decir que la obligación de disponer en todo momento del margen de solvencia debe interpretarse en el sentido de que la misma ha de ser cumplida de manera ininterrumpida a lo largo del ejercicio económico y que no será suficiente tener cumplida dicha obligación únicamente a la fecha en que se formulen los balances anuales, trimestrales o cualesquiera otros que puedan ser necesarios, derivados de operaciones voluntarias de la entidad o a requerimiento de las autoridades competentes, sino que la obligación de disponer del margen de solvencia es un “continuum”, al igual que lo es el flujo de circunstancias variables que pueden perjudicar la solvencia del asegurador y que tal obligación pretende garantizar.

Esta exigencia de disponer del margen de solvencia “en todo momento” o con carácter permanente fue introducida en la legislación española por la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada, si bien las Directivas Comunitarias no establecían tal obligación. Han sido las antes citadas Directivas de marzo de 2002 las que han incorporado a las Terceras Directivas dicho requisito.

Respecto a la necesidad de arbitrar medios de control internos, también permanentes, para que el conocimiento de la situación del margen de solvencia no quede relegado a las fechas de cierre de los estados contables anual o trimestrales, nos remitimos a lo comentado al respecto en el caso de la cobertura de las provisiones técnicas.

2º. El margen de solvencia y el patrimonio propio no comprometido son conceptos sinónimos.

3º. El patrimonio libre de todo compromiso previsible o patrimonio propio no comprometido no es absolutamente sinónimo de patrimonio contable ya que, como más adelante trataremos, existen partidas aptas para margen de solvencia que no forman parte del patrimonio contable y, a su vez, ciertas partidas que forman parte de este último no se admiten para margen de solvencia.

Así, puede hablarse de partidas “con expresión contable” o “sin expresión contable”⁵²² o bien de “elementos contabilizados”, “elementos contables no contabilizados”, y “elementos no contables”⁵²³.

4º. No solo la cuantía mínima del margen de solvencia exigida por la normativa tiene la consideración de tal. El excedente de dicha cuantía mínima también tiene la naturaleza de margen de solvencia.

⁵²² FERNANDEZ PALACIOS, Juan y MAESTRO, José Luis. “*Manual de contabilidad y análisis financiero...*”. Op. cit. p. 562 a 581.

⁵²³ BELLANDO, Jean-Louis, en BIGOT, Jean y otros: “*Traité de Droit des Assurances*”, pp. 389 a 394. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1996.

Aunque en las Primeras y Terceras Directivas no quedaba explícito este criterio, sí queda claramente reflejado en las Directivas 2002/12/CE (vida) y la 2002/13/CE (no vida), de 5 de marzo de 2002, que actualizan la regulación del margen de solvencia y modifican la contenida en las Primeras Directivas de 1979 y 1973, respectivamente, cuando disponen que: las entidades aseguradoras estarán obligadas “a mantener en todo momento un margen de solvencia disponible suficiente con respecto al conjunto de sus actividades y .*que sea, como mínimo, igual a las exigencias*” establecidas por las propias Directivas. Queda claro que el margen de solvencia debe, en primer lugar, ser suficiente para el conjunto de actividades de la entidad y, en segundo lugar, no ser inferior al mínimo establecido por la normativa.

Tampoco en la legislación española ha quedado suficientemente explícito este carácter del margen de solvencia, excepción hecha del Real Decreto de 1982 antes indicado el cual dispuso en su artº uno, apartado uno, que: “*Las entidades aseguradoras deberán disponer (...) como margen de solvencia, de un patrimonio propio no comprometido (...) de cuantía igual o superior a la que se determina* [en el propio Real Decreto]”. También resulta evidente aquí que margen de solvencia lo es tanto si su cuantía es igual al mínimo como si es superior a éste.

1.2.3. Margen de solvencia separado en entidades que operen en el ramo de vida y en ramos distintos al de vida

A. Establecimiento de la obligación

La necesidad de que el margen de solvencia se calcule de forma separada para el seguro de vida y para el seguro distinto al de vida, cuando las entidades practiquen ambos tipos de seguro, se establece en el artº 58.3 del Reglamento de Ordenación el cual dispone que: “*En el caso de entidades aseguradoras que realicen operaciones de seguro en los ramos de vida y distintos del de vida, el cálculo del margen de solvencia y del cumplimiento de su mínimo legal se realizará separadamente para cada una de las dos actividades anteriores*”.

Esta obligación concuerda con la establecida en el artº 4 del Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre que aprueba el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, precepto en el que se exige que: “*La contabilidad de las entidades aseguradoras que se hallen autorizadas para realizar operaciones en el ramo de vida y en ramos distintos del de vida, deberá llevarse de forma separada para ambos tipos de actividades*”, mandato que, a su vez, es desarrollado por dicho plan contable cuando en la norma 2ª.4 sobre elaboración de las cuentas anuales dispone que las entidades que se encuentren en este caso deberán llevar contabilidad separada para ambos tipos de actividad en cuanto se refiere a las “*cuentas técnicas de pérdidas y ganancias*”, a las “*provisiones técnicas y su inversión*” y a los “*elementos integrantes del margen de solvencia y el fondo de garantía*”.

B. Normas para la imputación de las partidas admisibles a cada tipo de actividad

El artº 58.3, (párrafo segundo) del Reglamento establece que a efectos de dar cumplimiento a la exigida separación del margen de solvencia para las actividades de seguro de vida y de seguro no vida, las partidas integrantes del mismo “*se imputarán a*

cada una de las actividades atendiendo a su origen o afectación, conforme a criterios objetivos, razonables y comprobables” También exige dicho precepto que tanto la asignación de las partidas que integran el cálculo del margen de solvencia como los criterios aplicados para efectuar dicha asignación *“deberán mantenerse de un ejercicio a otro, salvo que medien razones que justifiquen su variación”*, teniendo en cuenta que dicha posible variación. *“no podrá afectar, en ningún caso, a las cuantías mínimas de capital social y fondo mutual (...) ni a partidas específicas de alguno de los ramos.*

Conviene indicar que la imputación separada de elementos patrimoniales para cubrir las exigencias de margen de solvencia de las actividades de vida y de las de no vida, no supone una afección jurídico formal de los respectivos elementos patrimoniales a las posibles obligaciones derivadas de cada clase de actividades. Y ello debe ser así dado que tanto la personalidad jurídica de la entidad como el patrimonio social son únicos y los bienes de activo, en su conjunto, responderán de todas las obligaciones que la entidad pueda contraer, por aplicación de lo establecido en el artº 1911 del C. Civil cuando dispone que *“del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes o futuros”*. Por ello, para poder generar estados de margen de solvencia independientes para cada tipo de actividad debe necesariamente acudirse a criterios de imputación que, según se indicó, deben ser objetivos, razonables, comprobables y mantenidos en el tiempo.

La imputación de las correspondientes partidas y los criterios aplicados para efectuar dicha imputación pueden ser modificados pero, de acuerdo con lo exigido por el artº 58.3, parr. tercero del Reglamento, tanto la modificación referida como la justificación de la misma deben quedar reflejadas en la documentación estadístico-contable que las entidades deben remitir a la Dirección General de Seguros.

También hay que tener en cuenta que la modificación que se efectúe tiene, además, otro límite ya que la misma no puede afectar, en ningún caso, a las cuantías mínimas de capital social y fondo mutual, exigidas por el artº 13 de la Ley de Ordenación, ni a partidas que son propias y específicas de alguno de los ramos. Ello significa que la imputación de elementos patrimoniales que se haga en el margen de solvencia de cada actividad nunca podrá ser menor que la cifra mínima de capital exigida por la Ley, ya que sería un contrasentido exigir, por un lado, dicha cifra y permitir, por otro, que los elementos patrimoniales adscritos a la actividad de que se trate no cubran la cifra de capital mínimo legalmente requerida.

Tampoco podrá afectar la modificación de las partidas asignadas o de los criterios de imputación a aquellas partidas que son específicas de algunos de los ramos. Esto ocurre con determinadas partidas que aún careciendo, como veremos más adelante, de reflejo contable son aptas para margen de solvencia. Cabe citar al respecto las *“plusvalías”* latentes, que deberán ser imputadas en función de la actividad a la que se encuentren afectos los activos de los que proceden, y los *“beneficios futuros”* del ramo de vida, que deben imputarse siempre a dicha actividad.

C. Existencia de déficit en el margen de solvencia en vida o en no vida

El déficit del margen de solvencia en alguna de las actividades de vida o de no vida, por separado, no constituye por sí solo una infracción de las contempladas en el

artº 40 de la Ley de Ordenación, el cual sí considera infracción grave o muy grave el déficit global del margen de solvencia, en función de la cuantía del mismo.

Pero que no exista infracción cuando el déficit se plantea solo en una de las actividades no quiere decir que tal situación no genere otro tipo de efectos. Así el Reglamento establece dos tipos de actuaciones ante tal supuesto: una por parte de los administradores de la entidad y otra por parte de la Administración.

Por un lado, a los administradores el artº 58.4 del Reglamento les impone la obligación de adoptar las mismas medidas y comunicaciones a la Dirección General de Seguros que cuando se produce déficit en la cobertura de las provisiones técnicas, medidas que vienen establecidas por el artº 57.1 del Reglamento y a las que ya se hizo referencia en su momento⁵²⁴. Dicha obligación también se establece para los administradores de la entidad obligada a formular las cuentas anuales de un grupo consolidable, si bien en este caso la norma matiza que tal obligación se impone a dichos administradores “en todo lo que esté a su alcance”, límite que no se reconoce cuando se trata de administradores de entidades individualmente consideradas. Sobre este tema nos remitimos a lo comentado al respecto en el caso de descubierta de las provisiones técnicas.

Por otro lado el citado artº 58, en su nº 5 dispone que en el caso de entidades que operen en los dos tipos de actividades, vida y no vida,: *“si se presentase déficit de alguno de los dos márgenes de solvencia, la Dirección General de Seguros podrá aplicar a la actividad deficitaria las medidas de control especial adecuadas para tal situación, cualquiera que sea el resultado del margen de solvencia de la otra actividad. A tal efecto se podrá autorizar efectuar un cambio de imputación de las partidas específicamente afectas que componen el margen de solvencia”*.

Por consiguiente, el Órgano de Control puede imponer medidas de control especial en el caso de que exista déficit del margen de solvencia en alguna de las dos actividades (vida y no vida), con independencia del resultado que se ponga de manifiesto en la otra.

⁵²⁴ Artº 57 del Reglamento de Ordenación: “Obligaciones de las entidades aseguradoras en caso de déficit en la cobertura de las provisiones técnicas

1. Si existiera déficit en la cobertura de las provisiones técnicas, los administradores de la entidad aseguradora deberán:

a) Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar los intereses y derechos de los tomadores, asegurados, beneficiarios y perjudicados.

b) Comunicar el citado déficit a la Dirección General de Seguros en el plazo de quince días, disponiendo de un mes desde tal comunicación para presentar detallada información de, como mínimo, los siguientes extremos:

1.º Causas que han provocado el déficit.

2.º Medidas propuestas o adoptadas para la subsanación del mismo, y plazo previsto para su ejecución.

3.º Bienes que, aun no reuniendo los requisitos de aptitud, podrían afectarse de modo transitorio hasta cumplir dichos requisitos.

La misma obligación incumbirá, en todo lo que esté a su alcance, a los administradores de la entidad obligada a formular las cuentas anuales del grupo consolidable de entidades aseguradoras en el supuesto de déficit en la cobertura consolidada de provisiones técnicas”.

Pero también establece la normativa que la Administración “podrá autorizar” el cambio de imputación de partidas para atribuir a la actividad deficitaria las que puedan resultar excedentes en la actividad que no manifieste déficit. Se trata de una posibilidad que previamente habrá de ser solicitada por los administradores de la entidad ya que lo que se establece es que la Dirección General de Seguros podrá “autorizar”, lo cual implica la previa solicitud por parte de la entidad interesada. Pero, además, tal posibilidad de cambio de imputación es una facultad discrecional de la Administración. La imputación de partidas suficientes desde una actividad a otra puede hacer desaparecer la situación de déficit pero podría darse el caso de que aún habiendo excedente del margen de solvencia en una de las actividades la Administración no autorizara la imputación de dicho excedente a la actividad deficitaria y acordara aplicar medidas de control especial, o que incluso habiendo autorizado el cambio de imputación pudieran establecerse tales medidas ya que el precepto reglamentario cabe interpretarlo en el sentido de que precisamente el cambio de imputación se produce “a efectos” de la aplicación de las medidas de control especial.

1.2.4. Grupos consolidables de entidades aseguradoras: exigencia legal del margen de solvencia

La obligación de que los grupos consolidables de entidades aseguradoras dispongan del margen de solvencia viene establecida por el artº 17.3 de la Ley de Ordenación cuando exige que dichos grupos “...de entidades aseguradoras deberán disponer en todo momento, como margen de solvencia, de un patrimonio consolidado no comprometido... suficiente para cubrir *la suma de las exigencias legales de solvencia aplicables a cada una de las entidades del grupo*”. El propio precepto citado establece que la obligación de disponer del margen de solvencia se cumplirá “*sujetándose a lo dispuesto en el número 2 del artículo 20*” de la Ley⁵²⁵ que establece el deber de consolidación y, además, aclara en su segundo párrafo que si forman parte del grupo entidades de otra naturaleza distinta a la aseguradora “*podrán establecerse reglamentariamente exigencias específicas de suficiencia de recursos propios consolidados*”.

Por su parte el artº 58.2 del Reglamento de Ordenación dispone que los grupos consolidables de entidades aseguradoras “*deberán disponer, como margen de solvencia, de un patrimonio consolidado no comprometido suficiente, en todo momento, para*

⁵²⁵ Artº 20. Contabilidad y deber de consolidación

2. Para el cumplimiento del margen de solvencia y, en su caso, de las demás limitaciones y obligaciones previstas en la presente Ley, las entidades aseguradoras consolidarán sus estados contables con los de las demás entidades aseguradoras o entidades financieras que constituyan con ellas una unidad de decisión.

A estos efectos se entiende que un grupo de entidades constituye una unidad de decisión cuando alguna de ellas ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control de las demás, o cuando dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.

Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

A efecto de lo previsto en los dos párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”.

cubrir las exigencias legales de solvencia aplicables al grupo, las cuales tendrán en cuenta las operaciones de seguro y reaseguro realizadas entre las entidades pertenecientes a aquél, considerando para el cálculo de las exigencias de solvencia del grupo las magnitudes netas de estas operaciones tras el proceso de eliminación correspondiente”, inciso este último introducido por el R.D.996/2000, de 2 de junio ⁵²⁶ que modificó, entre otros preceptos, los arts. 1.2; 57.1; 58 (nueva redacción); 60.1; 67; 110.1 y añadió la Disposición Adicional 8ª, en el Reglamento de Ordenación de 1998.

Antes de continuar conviene señalar que el artº 17.5 de la Ley aclara que reglamentariamente “*se determinarán la cuantía y los elementos constitutivos del margen de solvencia exigible (...) a los grupos consolidables de entidades aseguradoras,*”. En relación con este requerimiento legal conviene anticipar que si bien el artº 60 del Reglamento establece las partidas que pueden componer el patrimonio propio no comprometido de los grupos consolidables, en cambio la norma reglamentaria, a pesar de la clara exigencia del artº 17.5 de la Ley, no regula expresamente la forma de calcular la cuantía mínima del margen de solvencia para los grupos consolidables, mientras que sí lo hace para las entidades individualmente consideradas.

Volviendo al tema del patrimonio propio exigible al grupo, como puede observarse al analizar los preceptos anteriores parece haber una cierta falta de armonía entre la exigencia del artº 17.3 de la Ley al requerir que los grupos consolidables posean un patrimonio propio suficiente para cubrir *la suma* de las exigencias legales de solvencia aplicables a *cada una de las entidades*” que componen el grupo y el requerimiento del artº 58.2 del Reglamento que exige que el grupo esté en posesión de un patrimonio propio suficiente para cubrir “*las exigencias legales de solvencia aplicables al grupo*”. En principio cabe interpretar que no se trata de situaciones equiparables ya que la “*suma*” de las exigencias aplicables a cada entidad del grupo no coincide con la cuantía de las exigencias aplicables “*al grupo*”, y la primera será siempre mayor que la segunda.

Por aplicación del principio de jerarquía normativa y a la vista, además, de que el Reglamento no establece, como quedó señalado, un método para calcular la cuantía mínima del margen de solvencia exigible al grupo consolidable, habría que considerar que debe ser aplicado el criterio establecido en el artº 17 de la Ley y, en consecuencia, determinar que la cuantía mínima del margen de solvencia exigible a los grupos consolidables es la suma de las cuantías mínimas exigidas a cada una de las Entidades que integran el grupo, sin más eliminaciones que las admitidas expresamente por el artº 58.2 del Reglamento referentes a las operaciones de seguro y reaseguro realizadas entre las entidades pertenecientes al grupo.

No obstante, un sector de la doctrina considera que al ser el Reglamento desarrollo de la Ley cabe pensar que las exigencias requeridas al grupo no son la simple

⁵²⁶ REAL DECRETO 996/2000, de 2 de junio, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, y del plan de contabilidad de las entidades aseguradoras y normas para la formulación de las cuentas de los grupos de entidades aseguradoras, aprobado por Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre, para adaptarlos a la Directiva 98/78/CE, de 27 de octubre, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros

adición aritmética de las de cada entidad sino las que resulten de la aplicación a las cuentas consolidadas de los mismos criterios establecidos para el cálculo del margen de solvencia a nivel individual⁵²⁷.

Por otra parte, cuando formen parte del grupo entidades domiciliadas en terceros países (las no pertenecientes al Espacio Económico Europeo) el artº 58.2 del Reglamento, en su nueva redacción antes indicada, establece que a efectos del margen de solvencia consolidado las exigencias legales de solvencia se calcularán de acuerdo con lo dispuesto en el propio Reglamento, “*salvo que la legislación del tercer país en que tenga su domicilio la entidad en cuestión le imponga unos requisitos de solvencia al menos equiparables a los previstos en aquél, en cuyo caso podrá efectuarse el cálculo citado de acuerdo con lo dispuesto en dicha legislación*”.

Ahora bien, el cumplimiento de las exigencias del margen de solvencia por parte del grupo consolidable no elimina el cumplimiento individual, o subconsolidado, de tal obligación por parte de cada una de las “entidades financieras” que compongan dicho grupo, las cuales “*serán supervisadas individualmente por el órgano o ente público que corresponda según su legislación específica*”. Así lo establece el artº 17.4 de la Ley.

Por último, debe señalarse que cuando dentro de un grupo consolidable existan entidades que entre sí formen un subgrupo consolidable de entidades aseguradoras, el artº 17.6 de la Ley de Ordenación dispone que a tales subgrupos se les aplicarán las normas aplicables a los grupos sobre margen de solvencia consolidado y ordenación y supervisión, obligación también recogida por el artº. 58.2, último párrafo del Reglamento.

1.2.5. Grupo consolidable del cual forman parte entidades reaseguradoras y sociedades tenedoras de acciones

Cuando del grupo consolidable formen parte entidades reaseguradoras puras, ya como dominantes o como dependientes, o sociedades tenedoras de acciones de entidades aseguradoras, éstas serán incluidas en el grupo a los solos efectos del cálculo para determinar el patrimonio propio no comprometido del grupo.

La cuantía mínima aplicable, en el caso de entidades reaseguradoras puras, se calculará en función de primas y de siniestralidad, en los ramos no vida y en función de las provisiones técnicas de los seguros de vida y de los capitales en riesgo, cuando se trate del ramo de vida, y siempre de manera similar a lo dispuesto para las entidades de seguro directo. A las sociedades tenedoras de acciones de entidades aseguradoras la cuantía mínima exigible será igual a cero.

Este régimen se encuentra establecido por el artº 58.2 del Reglamento y fue incluido en la modificación introducida al mismo por el citado R.D. 996/2000, de 2 de junio.

⁵²⁷ MAESTRO, José Luis. “*Garantías técnico-financieras ...*”. Op. cit. p. 417.

1.2.6. No exigibilidad del margen de solvencia a las entidades reaseguradoras puras

A. Razones que justifican tal proceder

a. Planteamiento general

En general la actividad exclusivamente reaseguradora ha estado históricamente menos sometida a las normas de control que la actividad de las entidades dedicadas al seguro directo, presentando en este aspecto su régimen jurídico una situación muy variada según países y épocas.

Así, en Estados Unidos, y en Canadá e Inglaterra con algunos matices, el control ejercido sobre las entidades reaseguradoras es idéntico al de las entidades de seguro directo. Alemania y Austria ejercen un control sobre las reaseguradoras menos intenso que el ejercido sobre el resto de entidades. Dinamarca y Turquía no establecen control sobre el reaseguro pero imponen a los reaseguradores unas exigencias de margen de solvencia similares a las de los aseguradores directos. Bélgica e Irlanda no someten a ningún tipo de control a las entidades de reaseguro. Francia tampoco estableció ningún control sobre ellas, hasta 1994 en que se impuso dicho control si bien bajo condiciones particulares entre las que cabe señalar la no aplicación de las normas sobre provisiones técnicas y margen de solvencia⁵²⁸.

Una de las razones fundamentales de tal proceder es la que considera que al concertarse el contrato de reaseguro entre entidades profesionales éstas poseen medios equivalentes para la defensa de sus intereses que no hacen equiparable su posición a la del asegurado⁵²⁹ en el caso de la operación de seguro directo, el cual puede encontrarse en inferioridad de condiciones frente a su asegurador que es quien domina la profesión y la técnica. Por ello, ha surgido el conjunto normativo que hoy podemos denominar “Derecho del Seguro Privado” cuya finalidad principal es la de tutelar los intereses de los tomadores, asegurados y beneficiarios, lo cual implica, fundamentalmente, la aparición de una normativa que, por un lado, regula específicamente el contrato de seguro y, por otro, disciplina el funcionamiento de las entidades aseguradoras y hace intervenir a la Administración Pública en la supervisión de la actuación de estas últimas.

Otro argumento es el del carácter netamente internacional⁵³⁰ del reaseguro, gracias al cual puede aplicarse su gran capacidad de diseminación y distribución de riesgos. Este rasgo podría llevar a la situación de que, si se sometiera al reasegurador a unas estrictas normas de supervisión y exigencia de garantías de solvencia idénticas a las del asegurador directo, podría ocurrir que estas pudieran funcionar en garantía de entidades cedentes (reasegurados) pertenecientes a países con los que no existiera situación de reciprocidad para el tratamiento a la inversa de casos similares, con lo que los reaseguradores sometidos a dicho régimen de control podrían quedar en inferioridad de condiciones para competir en el mercado.

⁵²⁸ HAGOPIAN, Mikaël, en BIGOT, Jean y otros: “*Traité...*”. op. cit. p. 535 a 537.

⁵²⁹ DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. Op. cit. p. 231; MAESTRO, José Luis. Op. cit. p. 368; HAGOPIAN, Mikaël, en BIGOT, Jean y otros: “*Traité...*”. op. cit. p. 535.

⁵³⁰ HAGOPIAN, Mikaël, en BIGOT, Jean y otros: “*Traité...*”. op. cit. p. 536; MAESTRO, José Luis. Op. cit. p. 368.

b. Razones que justificarían un proceder distinto

Pero cabe pensar que todos estos argumentos, con ser de peso y suficientemente válidos para explicar la situación hasta el presente, no están dotados de un valor intrínseco e inmanente y no tienen por qué seguir siendo válidos para el futuro y menos con carácter de permanencia.

No puede olvidarse que lo que podemos denominar como “Sistema Asegurador” tiene dos niveles de garantía y protección, los cuales convergen en una única finalidad: garantizar el pago de las indemnizaciones a los asegurados que han contratado sus pólizas con las entidades de seguro directo⁵³¹.

Es cierto que el contrato de reaseguro se concierta entre la entidad de seguro directo (cedente) y la reaseguradora (aceptante) y es para el tomador, asegurado o beneficiario de una póliza de seguro directo lo que se denomina “*res inter alios acta*”, de manera que, salvo contadas excepciones, ninguno de ellos podrá ejercer acción alguna de reclamación frente al reasegurador ya que no son parte en el contrato de reaseguro. Pero no es menos cierto que cuando el asegurador directo cede un riesgo a un reasegurador está cediendo una parte de su posible responsabilidad indemnizatoria porque estima que su capacidad económico-financiera, sus medios de solvencia en definitiva, no son suficientes para hacer frente a un eventual siniestro total en el riesgo objeto de cesión o, lo que es lo mismo, que aunque la póliza de seguro directo le obliga jurídicamente a hacer frente a la totalidad de la indemnización, desde un punto de vista económico-financiero es consciente de que puede verse en dificultades para hacer frente a la misma y, como protección de sus responsabilidades y garantía última de sus asegurados, traspassa al patrimonio del reasegurador la carga de responder económicamente de parte de la responsabilidad que inicialmente y contractualmente reside en el suyo propio.

Así, como ha señalado un sector de la doctrina francesa, al describir las razones que impulsaron a abandonar en su país el sistema de carencia de control sobre el reaseguro: “un número creciente de reaseguradores se han encontrado en la incapacidad de pagar las obligaciones que habían contratado, a veces sin medir los importes que tendrían que desembolsar en caso de grandes catástrofes o de siniestros en cadena. Las sociedades de seguros se dieron cuenta plenamente de que el buen fin de sus propias obligaciones –las que tomaban de sus propios asegurados- dependía en una gran medida de la buena salud de sus reaseguradores, cuando eran llamadas a cubrir riesgos de importancia creciente en los que la intensidad y la frecuencia de la siniestralidad eran cada vez más difíciles de prever”.

“Por eso es por lo que la cedente ha sido impulsada a conceder una atención cada vez mayor a la solvencia del reasegurador, solvencia inmediata, ciertamente, pero

⁵³¹ Los terribles sucesos del siniestro provocado por el atentado terrorista perpetrado, el pasado 11 de septiembre de 2001, contra el World Trade Center de Nueva York han puesto de manifiesto de una manera pública y evidente que el Sistema Asegurador, la Institución Aseguradora, gracias a sus distintos niveles de protección, el seguro directo y el reaseguro, ha estado y está en situación de responder a las cuantiosas pérdidas generadas por tal evento, y que ha funcionado como lo que realmente es: como un “sistema” de garantías fundamentado en dos niveles de protección que le confieren su validez y eficacia, siempre que se respeten las reglas de la técnica y los parámetros de solvencia exigibles a los distintos sujetos activos aseguradores que intervienen en el proceso de asunción de riesgos.

también, por así decirlo, futura porque numerosos son los casos en los que el reasegurador es llamado a cumplir con su obligación mucho después de que aquella haya contratado y, a veces, también mucho después de la finalización del contrato que le ligaba con la cedente”.

“El hecho de que el reasegurador sea sometido a un control estatal, por definición capacitado, da confianza al asegurador. Los corredores de reaseguro quieren también que los cedentes que les encargan la colocación de sus cesiones estén satisfechos de sus servicios y no puedan llegar a reprocharles una mala elección de reasegurador. Cuidadosos con su reputación ellos pretenden ejecutar su mandato de forma satisfactoria. Los más importantes de entre ellos han puesto en funcionamiento una organización interna que establece y mantiene al día una lista de reaseguradores con los que pueden ser realizadas las colocaciones en reaseguro. Un reasegurador controlado se aprovecha, naturalmente, de un juicio previo favorable (...) Es preciso subrayar, también, que la puesta en práctica de una verdadera comunidad económica europea hace deseable una cierta coherencia en este campo, a la espera, quizás de una armonización en un futuro más o menos próximo”⁵³².

Lo anteriormente referido pone de manifiesto que los ámbitos del seguro directo y del reaseguro se complementan armónicamente, de tal manera que el primero solo puede lograr su plena eficacia de garantía utilizando las fórmulas de protección que le proporciona el segundo y éste, a su vez, carece de razón de ser sin la existencia del primero, y ambos van destinados a garantizar un único fin último: el pago de las indemnizaciones asumidas en las pólizas de seguro directo.

Anteriormente hemos visto que en todos los supuestos en que se pretende identificar los riesgos que afectan al asegurador directo siempre se tienen en cuenta, y no de forma secundaria, los relativos a una posible insolvencia del reasegurador.

Ya vimos, al tratar de los aspectos positivos y negativos de la actual regulación del margen de solvencia, que la deducción por reaseguro admitida, fijada en el límite del 50 por ciento de las cesiones, es una decisión transaccional equidistante de cada una de las dos posiciones opuestas manifestadas en este asunto: una la de los que opinan que para calcular el margen de solvencia mínimo no debe aceptarse deducción alguna, por ser el asegurador directo jurídicamente responsable de la totalidad de la indemnización y ser el reaseguro una operación interna de aquel en la que no interviene el asegurado, y otra la posición de los que estiman que se debería de deducir la totalidad de las cesiones al reaseguro por ser éste un medio para potenciar la solvencia del asegurador directo.

En principio, podría pensarse que la máxima garantía para los asegurados está en exigir al asegurador directo niveles de solvencia capaces de hacer frente al cien por cien de los compromisos adquiridos con sus asegurados, sin tener en cuenta las cesiones al reaseguro y operando como si éste no existiera. Pero tal planteamiento, aplicado sin concesiones, implica hacer recaer económicamente sobre uno de los niveles del Sistema Asegurador, el del seguro directo, la totalidad de las exigencias de solvencia que realmente corresponden al conjunto, dejando al otro de los niveles del Sistema, el reasegurador, fuera del marco de tales exigencias, con lo cual el asegurador directo debe

⁵³² HAGOPIAN, Mikaël, en BIGOT, Jean y otros: “*Traité...*”. op. cit. pp. 536 y 537. (Traducción del autor).

responder de garantías que desde un punto de vista técnico-económico son función y compromiso de la otra parte del Sistema.

Si se considera al Sistema Asegurador como un conjunto único cuya finalidad es la de garantizar, a tomadores, asegurados y beneficiarios, el cumplimiento de las obligaciones asumidas en las pólizas por el asegurador directo, y que dicho Sistema cumple con su función mediante la instrumentación de dos niveles de garantía, el seguro directo y el reaseguro, que actúan de manera coordinada para tratar de alcanzar la indicada finalidad, parece lógico que los criterios de supervisión y de solvencia exigibles lo sean a la totalidad del Sistema Asegurador que es el que, considerado en su conjunto, tiene la obligación de proteger y garantizar técnica y económicamente los intereses de los asegurados, aunque ante éstos desde el punto de vista jurídico el obligado principal sea el asegurador directo y el reasegurador tenga un papel secundario.

Por ello, si se aborda el asunto como petición de principio, lo lógico sería extender las exigencias de supervisión y de solvencia a la totalidad del Sistema Asegurador, incluyendo en las mismas el nivel de garantía del reaseguro profesional.

Es cierto que, hoy por hoy, podrían seguir siendo válidos los argumentos anteriormente expuestos justificativos de que a las entidades reaseguradoras no se les apliquen los requerimientos de supervisión y de solvencia que son exigibles a las entidades de seguro directo, a las que, por cierto, sí se les aplican dichos requerimientos en sus operaciones de reaseguro aceptado, aunque de tales operaciones serían predicables los mismos argumentos aplicables a las reaseguradoras puras. Pero también es cierto que las razones antes apuntadas justifican suficientemente la aplicación al Reaseguro profesional, con las especialidades que sean menester, de unos requerimientos de supervisión y de solvencia suficientes para que la finalidad garante de la totalidad del Sistema Asegurador pueda ser abordada en su conjunto y de manera coordinada.

Las dificultades no son pocas, y para ello tendrán que ser revisadas las normas aplicables en diversos campos tales como las contables, las de supervisión y control, etc, con el fin de generalizarlas y armonizarlas, pero a medida que avancen los procesos de integración y colaboración supranacionales e internacionales se irá imponiendo esta perspectiva. Muestra de ello es que en el seno de la Unión Europea la Comisión está llevando a cabo estudios para desarrollar un marco jurídico comunitario común tendente a la supervisión del reaseguro a cuyos efectos está previsto la confección de una Directiva específica sobre el tema el cual, además, podría ser objeto de análisis en el ámbito del proyecto “Solvencia II” anteriormente comentado.

B. Previsiones de la Ley de Ordenación

El artº 57.3 de la Ley de Ordenación establece que las sociedades anónimas españolas que tengan por objeto exclusivo el reaseguro y las sucursales en España de entidades reaseguradoras extranjeras “...tendrán la obligación de constituir, calcular, contabilizar e invertir las provisiones técnicas y, en su caso, disponer del margen de solvencia en la forma que reglamentariamente se determine. Además les serán

aplicables las normas contenidas en los artículos 15, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27 y 29 a 48 de la presente Ley”.

Delimita este precepto el régimen fundamental de este tipo de entidades ya que, además de la obligaciones inherentes a la constitución de las provisiones técnicas y del margen de solvencia, les declara aplicable los preceptos que regulan los requisitos exigibles a quienes desempeñen la dirección efectiva (artº 15), el fondo de garantía (artº 18), la limitación de distribución de excedentes y de actividades (artº 19), los deberes de contabilidad y consolidación (artº 20), el régimen de participaciones significativas (artº 21), las normas sobre revocación de la autorización, disolución y liquidación de entidades (arts. 25, 26 y 27), el régimen de liquidación administrativa por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (arts. 29 a 38), y el régimen de medidas de control especial, de infracciones y sanciones (arts. 39 a 48).

Todas las remisiones que contiene el indicado artº 57 se refieren a materias que, necesariamente y en todo caso, deberán ser aplicadas a las sociedades anónimas españolas y sucursales de entidades extranjeras dedicadas exclusivamente a la actividad reaseguradora. Todas, menos la relativa a la exigencia del margen de solvencia respecto a la cual el tenor literal de la Ley no se manifiesta con tanta rotundidad cuando establece que tales entidades “tendrán la obligación de (...), en su caso, disponer del margen de solvencia *en la forma que reglamentariamente se determine*”, con lo cual puede interpretarse que la Ley autoriza al Reglamento no solo a determinar “la forma” en que se debe disponer del margen de solvencia sino, incluso, a eximir de tal obligación, como efectivamente se ha hecho. Deja, así, el precepto legal la posibilidad de que por vía reglamentaria se establezca tal obligación, si las condiciones de mercado y la evolución de la normativa comunitaria lo exigieran.

C. Previsiones del Reglamento de Ordenación

El Reglamento de Ordenación, en su artº 58.3, último párrafo, establece que “*lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las entidades que tengan como objeto exclusivo la realización de operaciones de reaseguro, ni a los grupos consolidables formados, exclusivamente, por entidades de esta clase*”, y ello “*sin perjuicio*” de lo establecido en el apartado 2 de dicho artículo, antes comentado, cuando, a los solos efectos de calcular el patrimonio propio no comprometido de un grupo consolidable, regula la forma de calcular la cuantía mínima del margen de solvencia de las reaseguradoras puras que formen parte de dicho grupo.

Sigue planteando este último párrafo del indicado precepto la misma duda que antes de ser modificado por el referido R.D. 996/2000, el cual, estimamos, que debió de aprovecharse para corregir el defecto de técnica legislativa en que se incurría en su primera versión. Efectivamente, el nº 3 del artº 58, en que se encuentra incluido el párrafo ahora comentado, está dedicado a regular la obligación de separar el cálculo del margen de solvencia para el ramo de vida y para los ramos no vida, y puede dudarse si la exención que reconoce dicho párrafo a favor de las entidades reaseguradoras puras se refiere solo a este aspecto o también al resto del contenido del artículo 58, como parece desprenderse de la dicción literal del precepto al disponer que lo dispuesto “*en este artículo*” no será de aplicación a tales entidades.

Esta última parece ser la interpretación correcta ya que el tenor literal del párrafo comentado no deja lugar a dudas, aunque si lo que se pretendía era eximir a las entidades reaseguradoras de todas las obligaciones contenidas en el artº 58, incluyendo la relativa a la constitución del margen de solvencia y no solo la de constituir este por separado para los seguros de vida y los seguros de no vida, lo lógico es que se hubiera regulado esta excepción en un número independiente dentro del propio artículo 58 o, incluso, como apartado dentro de los números 1 y 2 de dicho precepto, que establecen, respectivamente, la obligación de disponer del margen de solvencia para las entidades aseguradoras y para sus grupos consolidables, pues realmente esta obligación es la que genera, a su vez, la de separar el margen de solvencia aplicable a los seguros de vida y a los de no vida, y si las entidades reaseguradoras puras y los grupos consolidables constituidos únicamente por entidades de esta clase están exentos de la obligación de disponer del margen de solvencia es evidente que, por pura relación de causa y efecto, tampoco estarán obligadas a discriminar entre vida y no vida, razón que hace más evidente la defectuosa ubicación normativa del párrafo objeto de comentario.

Por otra parte, tampoco se exige la obligación de disponer del margen de solvencia en el caso de las sucursales en España de entidades reaseguradoras domiciliadas en terceros países. A tales efectos el artº 103 del Reglamento, dedicado a las entidades reaseguradoras, dispone en su nº 2⁵³³, que este tipo de entidades para obtener y mantener la autorización administrativa deberán cumplir los requisitos exigidos por la Ley y el propio Reglamento a las sucursales de entidades de seguro directo domiciliadas en terceros países con dos únicas excepciones: la presentación de modelos de pólizas, bases técnicas y tarifas de primas y la obligación de disponer del margen de solvencia.

A continuación abordaremos en primer lugar el estudio de la determinación de la cuantía mínima legal del margen de solvencia (arts. 61 y 62 del Reglamento) para, una vez establecida la cuantía de las obligaciones que la ley impone, efectuar el análisis de los elementos patrimoniales que componen el patrimonio propio no comprometido (arts. 59 y 60), cuya cuantificación determinará si se cumple o no con los mínimos legalmente exigidos.

1.3. Cuantía mínima del margen de solvencia

1.3.1. Introducción

El cálculo de la cuantía mínima del margen de solvencia, de acuerdo con las exigencias de la normativa comunitaria, está basada en el volumen de negocio de la entidad.

Dicho volumen de negocio se evalúa en función de distintos parámetros según se trate de operaciones de seguro de vida o de seguro distinto al de vida. En el primer caso,

⁵³³ Reglamento de Ordenación y supervisión del Seguro Privado. Artº 103.2. “Las entidades de reaseguro domiciliadas en terceros países o agrupaciones de éstas que operen en su propio país y establezcan una sucursal en España, para obtener y mantener la autorización administrativa, deberán cumplir los requisitos determinados en los artículos 87 y 89 y disposición adicional decimosexta de la Ley y artículos 136 a 140 de este Reglamento, y demás aplicables a las sucursales de entidades domiciliadas en terceros países, salvo lo previsto en el párrafo d) del apartado 1 del referido artículo 136 y en los apartados 1 y 3 del artículo 137 de este Reglamento”.

como veremos, se aplican determinados porcentajes, previamente establecidos por la norma, bien sobre las provisiones técnicas del seguro de vida o sobre los capitales en riesgo. En el caso de operaciones de seguros distintos al de vida los porcentajes se aplican sobre las primas anuales y sobre la siniestralidad media de los tres últimos ejercicios, eligiéndose como cuantía mínima el resultado de los dos que arroje una cifra mayor. Tanto en vida como en no vida se admite una reducción parcial en concepto de reaseguro cedido y se establecen algunos supuestos especiales en los que se reducen los porcentajes generales o se modifican los periodos temporales e observación.

Esta materia se encuentra regulada por el Reglamento de Ordenación en sus artículos 61 (seguros de no vida) y 62 (seguros de vida).

1.3.2. Cuantía mínima del margen de solvencia en los seguros distintos del seguro de vida

A. Regla general

El artº 61.1 de Reglamento dispone que la cuantía mínima del margen de solvencia en los seguros distintos al de vida *“se determinará, bien en función del importe anual de las primas, bien en función de la siniestralidad de los tres últimos ejercicios sociales. El importe mínimo del margen de solvencia será igual al que resulte más elevado de los obtenidos por los procedimientos citados”*.

El primer parámetro para la medida del margen de solvencia viene dado por el volumen de primas. Ello es lógico si tenemos en cuenta que inicialmente las primas comerciales deben ser suficientes para hacer frente al pago de la siniestralidad y de los gastos de gestión interna y externa y que si se produce alguna desviación en los mismos, es lógico que el margen de solvencia, cuya finalidad primera es la de proveer recursos para hacer frente a tales desviaciones, esté representado por un porcentaje sobre la cifra de primas.

Pero este proceder no evita el supuesto de que, a causa de una tarificación⁵³⁴ defectuosa, las primas sean técnicamente insuficientes desde el origen y, en tal caso, si el cálculo del mínimo del margen de solvencia solo se efectúa tomando como base las primas, al ser estas insuficientes también lo será la cuantía resultante necesaria para margen de solvencia, quedando, además en una posición de ventaja las entidades que no practiquen una prudente política de tarifas frente a aquellas que sí lo hagan, las cuales se encontrarían con unas exigencias de solvencia superiores a las que resultarían de aplicación a las primeras.

Por ello se establece la necesidad de calcular también el margen de solvencia teniendo en cuenta los siniestros (para ser más exactos teniendo en cuenta la siniestralidad). Los cálculos técnicos iniciales sobre los que se establecen los

⁵³⁴ Por considerarlo más correcto preferimos utilizar el término *“tarificación”* frente al más extendido de *“tarificación”* que constituye un galicismo por traducción literal de la voz francesa *“tarification”*. Según el DRAE, 22ª edición de 2001, **“tarificación”** es *“acción y efecto de tarifar”*, y **“tarifar”** es, en su primera acepción, *“señalar o aplicar una tarifa”*. Hasta su última edición el DRAE no reconoció las voces *“tarificar”*, sinónimo de *“tarifar”* ni *“tarificación”* que es la *“acción y efecto de tarificar”*.

requerimientos de margen de solvencia están concebidos asumiendo la hipótesis⁵³⁵ de que las primas de riesgo, necesarias para hacer frente a la siniestralidad teórica, representan el 70 por ciento de la prima comercial o de tarifa, quedando el restante 30 por ciento destinado a compensar los gastos de gestión interna y externa. En el momento en que la siniestralidad real supere el 70 por ciento de las primas comerciales el cálculo efectuado en función de esta última arrojará una cuantía superior al realizado en función de aquellas. Esta es la razón por la que la normativa obliga a hacer el doble cálculo referido y a considerar como cuantía mínima exigible la mayor de las resultantes.

El concepto de “siniestralidad” que utiliza el texto reglamentario debe entenderse en el sentido técnico del mismo, según se establece en la Cuenta Técnica del Seguro No Vida del Plan de Contabilidad sectorial de 1997⁵³⁶ y según viene definido en el número 9 de la O.M. de 23 de diciembre de 1998,⁵³⁷ de acuerdo con el cual debe entenderse por siniestralidad “*la suma del importe de las prestaciones y de los gastos imputables a las prestaciones pagados por la entidad en cada ejercicio, corregida por la variación de la provisión de prestaciones*”.

El concepto técnico de siniestralidad, referida siempre a un periodo determinado, implica no considerar como tal solo los siniestros pagados en dicho periodo sino también los que estén pendientes (de pago, de liquidación o de declaración) al finalizar el mismo.

Así, si el periodo de examen fuera el primer ejercicio social de una entidad la siniestralidad de dicho periodo, según la normativa vigente, vendría constituida por las prestaciones pagadas, incluidos los gastos inherentes a las mismas, más las provisiones para prestaciones pendientes al final del ejercicio. En el ejercicio social siguiente, y en los sucesivos, el criterio aplicable sería el mismo, si bien habría que deducir las provisiones de prestaciones correspondientes al ejercicio anterior y ello con el objeto de evitar duplicidades en el cómputo (ej.: una prestación pendiente al finalizar el primer año puede haber sido pagada en el ejercicio siguiente y al realizar el cálculo para el segundo año estaría incluida en el concepto de prestaciones pagadas. Si no se eliminara la provisión generada al finalizar el primer ejercicio dicha prestación se contaría dos veces).

Por ello se establece que la siniestralidad viene determinada por la suma del importe de las prestaciones y de los gastos imputables a las prestaciones pagados por la entidad en cada ejercicio, “*corregida por la variación de la provisión de prestaciones*”, variación que normalmente será positiva pero que también puede ser de signo negativo,

⁵³⁵ Hipótesis que, como quedó anteriormente expuesto en el apartado sobre “*Aspectos positivos y negativos del actual diseño del margen de solvencia en la normativa española vigente*”, ha sido criticada por la doctrina, pero que es la todavía vigente y sirve para explicar la doble exigencia de cálculo y la elección de la cuantía mayor de las dos obtenidas.

⁵³⁶ R.D. 2014/1997, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras y normas para la formulación de las cuentas de los grupos de entidades aseguradoras, (CUARTA PARTE. CUENTAS ANUALES; II: Modelos de cuentas anuales; 2: Cuenta de pérdidas y ganancias; I: CUENTA TÉCNICA-SEGURO NO VIDA).

⁵³⁷ Orden de 23 de diciembre de 1998 por la que se desarrollan determinados preceptos de la normativa reguladora de los seguros privados y se establecen las obligaciones de información como consecuencia de la introducción del euro.

y que no es sino el resultado de a la provisión para prestaciones constituida al final del ejercicio deducirle la correspondiente al ejercicio anterior.

Para finalizar este apartado, conviene indicar que mientras que para el cálculo del margen de solvencia en función de las primas se toman, como se verá más adelante, las correspondientes al ejercicio social objeto de examen, en el caso del cálculo en función de la siniestralidad la base del cómputo viene dada por la media de los tres últimos ejercicios sociales, incluido el que sea objeto de análisis. Tal proceder tiene como finalidad que la determinación de la base de cálculo no se vea influida, en la medida de lo posible, por variaciones coyunturales de la siniestralidad que puedan producirse en un ejercicio determinado pero que no constituyan en sí mismas una alteración importante de la experiencia siniestral de la entidad.

En este punto el Reglamento, en su artº 61.2, contempla un supuesto especial en el caso de entidades cuyas primas de riesgo en “*uno o varios de los riesgos de tormenta, pedrisco y helada*” superen el 75 por ciento del total de primas emitidas por la entidad. En tal caso el periodo de observación para el cálculo de la siniestralidad media será de siete ejercicios sociales.

B. Cálculo de la cuantía mínima en función de las primas

Regula este tema el artº 61.3 del Reglamento. Seguidamente se tratará tanto la base de cálculo como los criterios para la cuantificación del margen de solvencia mínimo calculado en función de las primas:

a. Conceptos que integran la base de cálculo

Dispone el Reglamento al respecto que las primas que deben ser tenidas en cuenta a estos efectos serán “*las devengadas por seguro directo en el ejercicio que se contemple, netas de sus anulaciones y extornos, más las primas aceptadas en reaseguro en el mismo ejercicio*”.

Constituir la base de cálculo sobre el concepto de “*primas devengadas*” significa que habrá que entender por tales las que técnicamente tienen tal carácter, de acuerdo con lo dispuesto al efecto por el Plan Contable sectorial el cual, al establecer los motivos de cargo y abono de las cuentas 700 y 701 (primas netas de anulaciones del seguro directo, no vida y vida, respectivamente), dispone que dichas cuentas reflejarán las “*primas netas de anulaciones y extornos, devengadas en el ejercicio, emitidas o no*”, y que “*se entiende por primas devengadas las correspondientes a contratos perfeccionados en el ejercicio, en relación con las cuales el derecho del asegurador al cobro de las mismas surge durante el mencionado periodo*”. Así pues, a efectos de margen de solvencia habrá que tener en cuenta las primas devengadas en el ejercicio, incluyendo las no emitidas en el mismo por corresponder a primas fraccionadas que serán emitidas en el ejercicio siguiente pero cuyo devengo se produce a favor de la entidad en el ejercicio objeto de examen. Tales primas “*devengadas*” son las primas comerciales a cuyo cobro tiene derecho el asegurador, con independencia de que se

haya pactado el pago de la prima en varios plazos dentro de periodo de cobertura del contrato, derecho reconocido por la Ley de Contrato de Seguro en sus arts. 8 y 14⁵³⁸.

b- Porcentajes aplicables y cuantificación

Respecto a esta cuestión el Reglamento dispone que hasta 10.000.000 de ecus⁵³⁹ de primas se aplicará el 18 por 100, y al exceso, si lo hubiera, se aplicará el 16 por 100, sumándose ambos resultados.

La razón por la que se mantiene el porcentaje único del 18 por ciento hasta los 10.000.000 de euros, sin tramos intermedios, y a partir de dicha cifra se aplica el 16 por ciento, estriba en que se considera que hasta dicha cifra es más probable que se produzcan desviaciones entre la siniestralidad real y la prevista en las bases técnicas, mientras que a partir de la cifra indicada, por aplicación de la Ley de los Grandes Números, a medida que se amplía la cartera de pólizas y crece el número de eventos sometidos a análisis estadístico es más probable que no se produzcan desviaciones de importancia entre los cálculos iniciales y la siniestralidad realmente acaecida.

c. Dedución por reaseguro cedido y retrocedido

Una vez obtenida la cuantía del margen de solvencia en función de lo establecido en los apartados anteriores, el Reglamento autoriza una corrección de la misma tomando en consideración las cesiones y retrocesiones efectuadas al reaseguro.

Esta posibilidad tiene su fundamento en que, desde un punto de vista económico, cuando existen cesiones al reaseguro, la totalidad de la siniestralidad que corresponde a las operaciones de seguro directo y a las de reaseguro aceptado no va a cargo del asegurador directo sino que, en puridad, debe deducirse de la misma la parte que corresponda al reasegurador, por lo que parece lógico que tal situación se tenga en cuenta a efectos de la cuantía de margen de solvencia exigible a aquel.

El Reglamento aplica el sistema de la normativa comunitaria el cual, como quedó dicho en su momento, es resultado de una postura ecléctica y transaccional entre las posiciones encontradas de los que estiman que el margen de solvencia debe aplicarse sobre la cifra de negocio neta de la totalidad de las cesiones al reaseguro, y los que consideran que no debe efectuarse deducción alguna en este sentido, toda vez que la totalidad de la responsabilidad indemnizatoria derivada de las pólizas de seguro radica en el asegurador directo, quien para el pago de sus obligaciones no puede ejercer excepción jurídica alguna frente a los asegurados por causa de sus contratos de reaseguro.

A los efectos indicados el Reglamento establece que la cuantía de margen de solvencia obtenida por aplicación de las normas antes indicadas sobre las primas “*se multiplicará por la relación existente en el ejercicio contemplado, entre el importe de la siniestralidad neta de reaseguro cedido y retrocedido, y el importe bruto de dicha siniestralidad, sin que esta relación pueda, en ningún caso, ser inferior al 50 por 100*”.

⁵³⁸ Vid.. “*Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre, y a sus modificaciones*”, pp. 174 y 247. Dir. SANCHEZ CALERO, Fernando. Edit. Aranzadi. 1999.

⁵³⁹ Término que hoy debe ser entendido como referido a euros.

Así, siempre que la siniestralidad a cargo del reaseguro cedido represente el 50 por ciento a más de la siniestralidad total bruta (correspondiente al negocio directo y al aceptado), o lo que es lo mismo un coeficiente en tanto por uno del 0'5, será éste el aplicable. Si la siniestralidad a cargo del reaseguro representa menos del 50 por ciento de la siniestralidad bruta el coeficiente será siempre superior al 0'5. Por ejemplo, si la siniestralidad que corresponde al reasegurador supone un 25 por ciento de la total, la siniestralidad neta a cargo del asegurador directo será del 75 por ciento (coeficiente de 0'75) y este será el porcentaje, o coeficiente, aplicable.

Lo anterior significa, de hecho, que nunca se permitirá una deducción por reaseguro cedido superior a la mitad de la cuantía de primas resultante que integre la base de cálculo inicial. De esta manera aunque la siniestralidad correspondiente al reaseguro cedido represente más del 50 por ciento de la siniestralidad bruta (seguro directo más reaseguro aceptado) no se podrá pasar de dicho límite a la hora de aplicar la reducción por reaseguro, con lo cual se disminuye el efecto que sobre la solvencia del asegurador directo pueda tener una posible insolvencia del reasegurador.

C. Cálculo de la cuantía mínima en función de los siniestros

Se regula este tema en el artº 61.4 del Reglamento. Seguidamente se tratará tanto la base de cálculo como los criterios para la cuantificación del margen de solvencia mínimo calculado en función de los siniestros:

a. Conceptos que integran la base de cálculo

En la base de cálculo se tendrá en cuenta “*el importe de los siniestros (...) pagados por negocio directo sin deducción por reaseguro cedido ni retrocedido*”; así como “*los siniestros pagados por aceptaciones en reaseguro y las provisiones de siniestros pendientes por seguro directo y reaseguro aceptado constituidas al cierre del ejercicio contemplado*”, ejercicio que será el último de la serie de tres o siete años que habrá de ser tenida en cuenta para calcular el importe medio de la siniestralidad, según se indica a continuación.

Para el cálculo se tendrá en cuenta un periodo de tres ejercicios sociales (aquel que sea objeto de análisis más los dos inmediatamente anteriores), salvo en el caso de los riesgos de tormenta, pedrisco y helada, en los cuales el periodo de cómputo será de siete años, según quedó indicado anteriormente.

De la cuantía obtenida al sumar los siniestros pagados y las provisiones para prestaciones pendientes se deducirán el importe de los “*recobros por siniestros*”, efectuados en los periodos antes indicados, así como el importe de las “*provisiones de siniestros pendientes constituidas al cierre del ejercicio anterior al periodo contemplado tanto por seguro directo como por reaseguro aceptado*”.

La cifra de siniestros a tener en consideración será la que se refleje en la cuenta 600 (prestaciones, seguro directo no vida) del Plan de Contabilidad del Sector, la cual representa las prestaciones pagadas (subcuenta 6000) netas de las prestaciones recobradas (subcuenta 6001).

b. Porcentajes aplicables y cuantificación

Una vez obtenido el importe medio de la siniestralidad (un tercio o un séptimo, según corresponda,) a dicho valor medio se le aplicará el 26 por ciento hasta la cifra de 7.000.000 de euros y al exceso, si lo hubiera, el 23 por ciento.

c. Deducción por reaseguro cedido y retrocedido

Al hacer el cálculo de la cuantía mínima del margen de solvencia en función de la siniestralidad el 61.4.d) del Reglamento establece la posibilidad de efectuar la deducción por operaciones de reaseguro cedido en idénticas condiciones a las establecidas al establecer dicho cálculo sobre la cifra de primas, por lo cual nos remitimos a la anteriormente comentado sobre el particular.

D. Supuesto especial en el caso del seguro de enfermedad y asistencia sanitaria practicado con bases técnicas similares al seguro de vida

El artº 61.5 del Reglamento establece que los porcentajes del 18 y del 16 por ciento (cálculo en función de las primas), y del 26 y del 23 por ciento (cálculo en función de la siniestralidad) “*se reducirán en dos tercios*” cuando se den las circunstancias siguientes:

1ª. *Que se trate del seguro de enfermedad incluidas las coberturas de asistencia sanitaria, practicado conforme a bases actuariales similares a las aplicables al seguro de vida.*

2ª. *Que las primas se calculen sobre la base de tablas de morbilidad, según métodos matemáticos, y en consecuencia se constituya una provisión técnica del seguro de enfermedad en los términos previstos en el artículo 47 del Reglamento.*

Este requerimiento hace necesario la utilización de las correspondientes bases técnicas de acuerdo con lo establecido al respecto por el artº 80 del Reglamento que regula las peculiaridades de la bases técnicas de los seguros de enfermedad

3ª. *Que se perciba un recargo de seguridad atendiéndose a lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento.*

Esta exigencia implica la necesidad de constituir la correspondiente provisión de estabilización que se nutrirá del recargo de seguridad establecido en las correspondientes bases técnicas, el cual deberá ser determinado conforme dispone el artº 77.1.c) del Reglamento que regula las normas generales aplicables a las bases técnicas.

4ª. *Que el asegurador no pueda oponerse a la prórroga del contrato después del tercer vencimiento anual.*

5ª. *Que en los contratos se prevea la posibilidad de aumentar las primas o reducir las prestaciones, incluso para los contratos en curso.*

1.3.3. Cuantía mínima del margen de solvencia en los seguros de vida

A. Planteamiento general

En el informe “Campagne” que sirvió de base inicial para establecer la normativa comunitaria del margen de solvencia se distinguían las tres clases de riesgos que afectan a las operaciones del seguro de vida: el de mortalidad, el de inversión (incluido el riesgo de interés) y el que afecta a los gastos de gestión.

El riesgo de mortalidad que, en un principio, afecta al negocio del seguro de vida en términos semejantes a como lo hace el de siniestralidad en los seguros distintos al de vida, tiene no obstante una peculiaridad que le diferencia. Tal peculiaridad viene dada por el hecho de que el cálculo técnico de las primas se establece con base en las tablas de mortalidad, que ofrecen al asegurador un conjunto de datos estadísticos de gran fiabilidad y suficiencia, poco susceptibles a las desviaciones de la siniestralidad y que permiten establecer las primas adecuadas que garantizan el equilibrio técnico y la obtención del necesario beneficio.

Por ello en el referido informe solo se consideró necesario establecer el margen de solvencia para garantizar el riesgo de inversión y el de gestión. El primero incluye tanto la posibilidad de que los activos que materializan las provisiones matemáticas se pierdan o vean disminuido su valor (riesgo de inversión propiamente dicho), como la de que la rentabilidad obtenida de tales inversiones sea inferior al interés técnico garantizado en las pólizas (riesgo de tipos de interés). El segundo se refiere al hecho de que los recargos previstos inicialmente para hacer frente a los gastos de gestión son los mismos durante toda la vida del contrato, mientras que los gastos reales tenderán a incrementarse, con lo cual aquel será insuficiente para atender a estos últimos. La propuesta final establecía el cálculo del margen de solvencia en función de las provisiones matemáticas (un 4 por ciento) para atender al riesgo de inversión, pudiéndose considerar subsumido en dicho cálculo el riesgo de gestión y sin proponer medida alguna para la cobertura del riesgo de mortalidad por las razones antes apuntadas.

No obstante la Primera Directiva de Vida de 1979 incluyó tanto el riesgo de mortalidad como el de inversión. En el primer caso el margen de solvencia se calcula en función de los capitales en riesgo y en el segundo en función de las provisiones matemáticas según lo antes indicado. El riesgo de gestión puede considerarse incluido en los dos cálculos anteriores.

B. Cálculo de la cuantía mínima del margen de solvencia

a. Principio general

Esta materia se encuentra regulada en el artº 62 del Reglamento de Ordenación el cual, respetando lo establecido por la normativa comunitaria, establece como principio general que el margen de solvencia mínimo exigible en las operaciones del seguro de vida estará compuesto por la suma de los importes resultantes al aplicar los porcentajes establecidos tanto a las provisiones técnicas de seguros de vida (4 por ciento) como a los capitales en riesgo cuando éstos sean positivos (0'3 por ciento), tomando como base

las provisiones y capitales correspondientes tanto al negocio directo como al aceptado y efectuándose, en ambos casos, una corrección por reaseguro cedido y retrocedido, que tiene la misma finalidad que la que se aplica en el margen de solvencia para los seguros de no vida aunque alguno de los porcentajes sea distinto.

b. Sistema de cálculo

Para el cálculo en función de las provisiones técnicas el artº 62.1.a) del Reglamento dispone que *“se multiplicará el 4 por 100 del importe de las provisiones de seguros de vida por seguro directo, sin deducir el reaseguro cedido, y por reaseguro aceptado, por la relación que exista, en el ejercicio que se contemple, entre el importe de las provisiones de seguros de vida, deducidas las correspondientes al reaseguro cedido y retrocedido, y el importe bruto de las mismas, sin que esta relación pueda ser, en ningún caso, inferior al 85 por 100”*.

En el caso del cálculo sobre los capitales en riesgo, el apartado b) de dicho precepto establece que *“para los contratos cuyos capitales en riesgo sean positivos se multiplicará el 0,3 por 100 de los capitales en riesgo, sin deducir reaseguro cedido ni retrocedido, por la relación existente, en el ejercicio que se contemple, entre los capitales en riesgo deducido el reaseguro cedido y retrocedido y el importe bruto de dichos capitales, sin que esta relación pueda ser, en ningún caso, inferior al 50 por 100”*.

a'. Comentario preliminar

Como ha sido puesto de manifiesto por la doctrina⁵⁴⁰, los textos antes citados merecen una matización ya que su redacción contiene alguna falta de concordancia que plantea ciertas dudas de interpretación.

Así, en el supuesto del cálculo sobre las provisiones técnicas, al referirse a los conceptos que integran la base de cálculo bruta sobre la que habrá que aplicar el porcentaje (provisiones del seguro directo más las del reaseguro aceptado) se especifica que *“sin deducir el reaseguro cedido”*, sin que se haga mención alguna a si se deducen también las provisiones correspondientes al reaseguro retrocedido.

En cambio al tratar el cálculo sobre los capitales en riesgo, sí se hace referencia al reaseguro retrocedido, como no deducible para obtener la base sobre la que se aplicará el porcentaje, pero en cambio al delimitar ésta solo se menciona a *“los contratos cuyos capitales en riesgo sean positivos”*, sin que se haga indicación alguna a si se tratan o no de los correspondientes a operaciones de seguro directo y de reaseguro aceptado.

Tanto en un caso como en otro la conclusión debe ser que la base bruta a la que debe aplicarse el porcentaje respectivo viene constituida por las provisiones o los capitales en riesgo, según proceda, que correspondan al seguro directo más el reaseguro aceptado, sin deducción alguna ni por reaseguro cedido ni por el retrocedido.

⁵⁴⁰ MAESTRO, José Luis. *“Garantías técnico-financieras ...”*. Op. cit. p. 430 y 431.

b'. Corrección por reaseguro

Por otra parte, en cuanto se refiere a los porcentajes de deducción aplicables por operaciones de reaseguro cedido, antes indicados, el porcentaje varía según se trate de calcular el margen de solvencia en función de los capitales en riesgo (para garantizar el riesgo de mortalidad) o de las provisiones técnicas (para garantizar el riesgo de inversión).

En el caso del margen de solvencia relativo a los capitales en riesgo la cifra máxima de reducción admitida es el 50 por ciento de los capitales correspondientes al seguro directo y al reaseguro aceptado, tratamiento idéntico al otorgado en el caso del margen de solvencia para los seguros no vida. No obstante, cuando se trata de calcular el margen de solvencia en función de las provisiones técnicas la relación por la que habrá que multiplicar la cifra bruta de provisiones (negocio directo más aceptado) no puede ser inferior al 85 por ciento de la misma, lo cual quiere decir que el 85 por ciento de dicha base de cálculo deberá formar parte de la cifra mínima del margen de solvencia o, lo que es lo mismo, que no se admite una deducción por reaseguro cedido superior al 15 por ciento del total de la suma de las magnitudes correspondientes a las provisiones del seguro directo más las del reaseguro aceptado. La diferencia de tratamiento en este caso respecto al criterio general se debe a que normalmente en el seguro de vida las cesiones al reaseguro se suelen hacer sobre las primas de riesgo, mientras que las primas de ahorro no son cedidas en reaseguro y quedan en poder del asegurador directo, estando éste afectado en menor medida en caso de insolvencia del reasegurador.

c'. Capital en riesgo

La inclusión de los capitales en riesgo como uno de los parámetros para el cálculo del margen de solvencia en el seguro de vida debe ser objeto de algún comentario. En principio debe tenerse en cuenta que el “capital en riesgo”, en un momento determinado de un contrato de seguro de vida para caso de muerte, viene constituido por la diferencia entre el capital asegurado y la provisión matemática existente en ese momento. Si el asegurador se viera obligado a pagar la indemnización por fallecimiento del asegurado, el “riesgo” de solvencia que realmente está corriendo viene constituido por la citada diferencia (el capital en riesgo) ya que la parte de la indemnización a la que se haga frente con el importe de la provisión matemática no plantea, en principio, problemas de solvencia toda vez que dicha provisión estará invertida en bienes de activo en poder del asegurador que servirán para hacer frente a dicha indemnización.

Ello supone que si no existe capital en riesgo (en términos del Reglamento cuando no es “positivo”) o éste es negativo, el asegurador queda exento en este caso de la obligación de disponer de margen de solvencia.

No existirá capital en riesgo en los casos de seguro puro de supervivencia (seguro de vida para caso de vida en que el asegurador no asume ningún compromiso de pago por fallecimiento del asegurado) ya que en este supuesto la prima abonada -que es en su totalidad prima de ahorro- más sus intereses técnicos constituirán la provisión matemática. Dicha provisión matemática, al final de la vida del contrato, habrá servido para constituir el capital asegurado, que no puede ser exigido antes de la fecha en que expire la duración de la póliza y, en consecuencia, aunque el capital asegurado sea

superior a la provisión matemática hasta el final del contrato, momento en el que se igualarán las dos magnitudes, no existe técnicamente capital “en riesgo” puesto que el asegurador no estará obligado a satisfacer el capital asegurado hasta el momento final en que la provisión matemática alcanza la cuantía de éste.

Por otra parte, el capital en riesgo puede ser negativo en determinadas modalidades del seguro de vida cuando la provisión matemática es superior al capital asegurado por fallecimiento. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los seguros de capital diferido con reembolso de primas en los que, si el asegurado fallece antes de la expiración del contrato, el asegurador está obligado a devolver las primas cobradas hasta el momento del fallecimiento cuyo montante, inferior a la provisión matemática constituida con las primas de ahorro más su interés técnico, constituye el capital en riesgo.

c. Supuestos especiales

El artº 62.2 del Reglamento prevé algunos casos especiales en el cálculo de la cuantía mínima del margen de solvencia en función de los capitales en riesgo, en los que no se aplican las reglas generales antedichas. Tales supuestos son los siguientes:

1º. Seguros complementarios a los de vida.

Los riesgos complementarios a los que hace referencia el Reglamento son los de “accidentes” y “enfermedad” contemplados en el nº 2. B. de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación, según el cual las entidades autorizadas para operar en el ramo de vida podrán también hacerlo en los riesgos antes citados, siempre que los mismos cumplan con los siguientes requisitos:

- Que estén vinculados con el riesgo principal y sean complementarios del mismo.
- Que se refieran al objeto cubierto contra el riesgo principal.
- Que estén garantizados en un mismo contrato con el riesgo principal, y
- Que cuando el ramo complementario sea el de enfermedad, éste no comprenda prestaciones de asistencia sanitaria.

En este caso el margen de solvencia se determinará aplicando las reglas establecidas para los seguros no vida, con lo cual cuando una entidad que practique el seguro de vida opere también en los riesgos complementarios su margen de solvencia mínimo vendrá dado por la suma de las magnitudes obtenidas sobre las provisiones matemáticas, los capitales en riesgos y sobre los seguros complementarios.

2º. Seguros temporales para caso de muerte de duración residual máxima entre tres y cinco años

En este caso se reduce el porcentaje general aplicable a los capitales en riesgo y se establece que el porcentaje aplicable a los capitales en riesgo, en vez del 0’3 por ciento, será del 0’1 por ciento para una duración residual de hasta tres años y del 0’15 por ciento para una duración desde tres a cinco años.

3º. Seguros de vida vinculados a la evolución de activos específicamente afectos o de índices o activos que se hayan fijado como referencia, y operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación.

Se trata de operaciones en que el tomador asume el riesgo de inversión, a las que hace referencia el artº 37 del Reglamento al regular la provisión técnica aplicable a las mismas.

La inexistencia de riesgo de inversión para el asegurador podría justificar la no exigencia de margen de solvencia alguno en función de las provisiones técnicas que, como se indicó anteriormente, trata de cubrir precisamente el riesgo de inversión. Pero también se indicó que además de los riesgos de inversión (a través de las provisiones técnicas) y de mortalidad (capitales en riesgo) el margen de solvencia trata de garantizar el riesgo de desviaciones en los gastos de gestión, que se consideran subsumidos en los cálculos realizados sobre los dos parámetros antedichos. Por ello, en estos supuestos se mantiene la exigencia del margen de solvencia aunque con unos porcentajes más reducidos.

En este tipo de operaciones se reduce el porcentaje general aplicable a las provisiones técnicas, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que la entidad aseguradora no asuma ningún riesgo de inversión,
- Que la duración residual del contrato sea superior a cinco años, y
- Que el importe destinado a cubrir los gastos de gestión previstos en el contrato se fije para un período igualmente superior a cinco años

Si se cumplen los anteriores requisitos, en este tipo de operaciones se reduce al 1 por ciento el porcentaje general del 4 por ciento aplicable a las provisiones técnicas del seguro de vida, y si la entidad asume riesgos para caso de muerte se le sumará un 0'3 por ciento sobre los capitales en riesgo calculados según quedó indicado anteriormente.

Así mismo, el Reglamento establece que no se exigirá importe alguno en aquellas operaciones cuyos plazos sean inferiores a los cinco años de duración residual, ya que cabe considerar que en plazos tan reducidos es difícil que se produzcan desviaciones en los gastos de gestión que puedan ser significativas a efectos de la solvencia de la entidad.

4º. Operaciones de capitalización que no lleven implícita la cobertura de ningún riesgo inherente a la vida humana.

El artº 62.3 del Reglamento dispone que en este caso la cuantía mínima del margen de solvencia será del 4 por 100 del importe de las “provisiones de seguros de vida” constituidas.

Este tipo de operaciones son las definidas en el artº3.2 de la Ley de Ordenación, cuando incluye en su ámbito objetivo a las operaciones de capitalización basadas en técnica actuarial “*que consistan en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración y a su importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados*”.

En estas operaciones la entidad no corre ningún riesgo relacionado con la vida humana. El riesgo que corre el asegurador está relacionado con la probabilidad de que los títulos de capitalización puedan resultar amortizados de forma anticipada en los sorteos establecidos al efecto y de que en tales amortizaciones se produzcan desviaciones respecto a los cálculos inicialmente efectuados. La justificación de la exigencia del margen de solvencia en estos casos viene dada porque también aquí puede darse para el asegurador un riesgo en los gastos de gestión y en las inversiones.

Para concluir, conviene comentar que la referencia que el indicado artº 62 hace a las “provisiones de seguros de vida”, como base a la que ha de aplicarse el porcentaje, constituye una imprecisión toda vez que al no haber riesgo alguno sobre la vida en las operaciones de capitalización, no cabe hablar en este caso de provisiones técnicas de seguros de vida, aunque tales operaciones estén incluidas en el ramo de vida por la D.A. Primera de la Ley de Ordenación. Precisamente por ello el Reglamento en sus arts. 29 y 48, con más exactitud terminológica, utiliza otra expresión y denomina “provisión de desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo” a la provisión técnica que debe ser constituida en este tipo de operaciones. Cabe considerar, pues, que es a esta clase de provisiones a las que quiere referirse el artº 62 antes citado.

5º. Operaciones tontinas

Se trata de las operaciones a que se refiere el apartado 2. A. c) de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación, a cuyo tenor se consideran operaciones tontinas “aquellas que lleven consigo la constitución de asociaciones que reúnan partícipes para capitalizar en común sus aportaciones y para repartir el activo así constituido entre los supervivientes o entre sus herederos”.

En estas operaciones la cuantía mínima del margen de solvencia viene constituida por el 1 por 100 del activo de las asociaciones.

1.4. Patrimonio propio no comprometido: concepto y partidas que lo componen

1.4.1. Entidades aseguradoras individualmente consideradas

A. Concepto de patrimonio propio no comprometido

El artº 59.1 del Reglamento dispone que el patrimonio propio no comprometido, “a los efectos del margen de solvencia individual” exigido por el artº 17.2 de la Ley de Ordenación de la Ley, comprende las partidas enumeradas en dicho precepto reglamentario “deducidos los elementos inmateriales” que se indican en este último.

El concepto de “patrimonio propio no comprometido” es un concepto próximo al de “patrimonio neto contable” contenido en el artº 82.2 del Reglamento; no obstante, no coincide totalmente con él, como veremos más adelante, ya que aquel incluye tanto partidas de naturaleza contable como algunas de carácter extracontable que, por la propia naturaleza específica del margen de solvencia, son admitidas dentro del patrimonio computable a tales efectos. Por ello el Reglamento al establecer las partidas aptas aclara que lo son “a los efectos” del margen de solvencia.

El patrimonio propio no comprometido viene dado, así, por la suma algebraica del conjunto de partidas positivas y negativas, unas de naturaleza contable y otras de carácter extracontable, que se relacionan en el indicado precepto reglamentario y que a continuación serán objeto de comentario.

A modo de resumen se relacionan a continuación las partidas positivas y negativas que deben ser tenidas en cuenta para el cálculo del patrimonio propio no comprometido. Éstas son las siguientes:

- Partidas positivas

- a) Capital social desembolsado o el fondo mutual.
- b) Capital social pendiente de desembolso (cincuenta por ciento).
- c) Reservas patrimoniales.
- d) Remanente y aportaciones no reintegrables de los socios.
- e) Saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias
- f) Fondo permanente de la Casa Central (sucursales extranjeras).
- g) Plusvalías de activos y pasivos.
- h) Derrama pasiva exigible (cincuenta por ciento) (sociedades mutuas y cooperativas).
- i) Beneficios futuros, en el ramo de vida (cincuenta por ciento).
- j) Capital social de las acciones sin voto y financiaciones subordinadas..
- k) Financiaciones de duración indeterminada.
- l) Comisiones descontadas técnicamente pendientes de amortización, en el ramo de vida.

- Partidas negativas

- a) Gastos de constitución, establecimiento, ampliación de capital y formalización de deudas
- b) Saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias.
- c) Resultados negativos de ejercicios anteriores.
- d) Minusvalías de activo y pasivo.

Seguidamente analizaremos cada una de las partidas antes relacionadas.

B. Partidas que componen el patrimonio propio no comprometido: partidas positivas (artº 59 del Reglamento):

a. El capital social desembolsado excluida la parte del mismo representada por acciones sin voto, o el fondo mutual.

a'. Regla general

La cifra de capital social desembolsado no tiene expresión contable independiente en el balance. La misma hay que obtenerla por diferencia entre la cifra de “capital suscrito”⁵⁴¹ del pasivo del balance, que expresa la aportación económica que los socios

⁵⁴¹ Cuenta nº 100 del Plan Contable de Entidades Aseguradoras (PCEA), aprobado por R.D. 2014/1997, de 26 de diciembre.

se comprometen a aportar a la sociedad, y las de “accionistas por desembolsos no exigidos” y “accionistas por aportaciones no dinerarias pendientes”⁵⁴², que reflejan en el activo del balance el crédito que la sociedad tiene contra sus socios por la parte del capital suscrito pendiente de desembolso.

Del capital social desembolsado habrá que deducir la parte del mismo que corresponda a acciones sin voto las cuales, como veremos, son objeto de tratamiento independiente ya que se admiten para margen de solvencia pero con ciertos límites.

Por lo que se refiere al “fondo mutual” la cifra a computar será la que conste en la partida del mismo nombre del pasivo del balance. El fondo mutual, de acuerdo con lo establecido por el Plan Contable del sector, está “constituido por las aportaciones de los socios, con el excedente del ejercicio o con cargo a reservas patrimoniales disponibles”. También existe en el activo del balance una cuenta de “mutualistas, por desembolsos exigidos” que, según dispone el indicado Plan Contable, está destinada a reflejar las “aportaciones exigidas a los mutualistas, bien para compensar pérdidas, bien para aumentar el fondo mutual, en virtud del acuerdo de los órganos de gobierno de la entidad”. No obstante, esta partida, si bien representa un crédito de la entidad contra sus socios, no se deduce de la cifra de fondo mutual ya que esta solo incorpora las aportaciones efectivamente realizadas por los socios mutualistas y no existe el concepto de fondo mutual “suscrito” por no estar éste dividido en partes alicuotas (acciones o participaciones), como sí ocurre con el capital de las sociedades anónimas y las sociedades cooperativas.

b'. Supuestos especiales: financiación de la entidad a sus socios y capital afecto a la gestión de fondos de pensiones

El artº 59.1.a) del Reglamento establece dos supuestos especiales que deben ser tenidos en cuenta, en su caso, para depurar la cifra de capital social desembolsado admisible para margen de solvencia.

En el primer supuesto se establece que “*en el caso de que la entidad aseguradora financie a sus socios directamente o a través de participaciones en el capital de sociedades o de personas físicas que ejerzan control directo o indirecto sobre aquélla, el importe computable (...) se corresponderá con la posición neta inversora de dichos socios*”.

Trata esta norma de que, a efectos del margen de solvencia, se imputen únicamente las aportaciones efectivamente efectuadas por los socios, en términos de garantía para los asegurados, eliminando del cómputo lo que podrían denominarse como aportaciones “ficticias” por la parte que corresponda a la financiación concedida al socio y teniendo solo en cuenta a estos efectos la aportación “neta” que sí tiene efectos de garantía para los asegurados. Este es el sentido de lo que debe entenderse por “posición neta inversora” la cual, aunque el Reglamento no aclara qué deba entenderse

⁵⁴² Plan Contable del Sector: cuentas 190, 191 y 192 para los desembolsos en efectivo, y cuentas 193, 194 y 195 para los desembolsos de aportaciones no dinerarias. En ambos casos se distinguen tres clases de socios: los que podrían denominarse ordinarios. Las empresas del grupo y las empresas asociadas y multigrupo.

por tal, vendrá dada por la diferencia entre la aportación efectuada al capital social desembolsado y la financiación concedida por la entidad al socio.

En el segundo de los supuestos especiales indicados el Reglamento dispone que *“en el caso de entidades aseguradoras autorizadas para la gestión de fondos de pensiones, la cantidad computable en el margen de solvencia (...) se minorará en el importe del capital social desembolsado afecto a tal actividad previsto en el artículo 20 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones”*.

De conformidad con lo establecido por el nº 2 de dicho precepto las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España en el seguro de vida, pueden ser gestoras de fondos de pensiones siempre que cumplan, entre otros, con el requisito de disponer del capital social desembolsado exigido por la citada Ley 8/1987. Ello implica que parte del capital total desembolsado debe estar afecto específicamente como garantía de los partícipes de los fondos de pensiones gestionados por la entidad, situación que impide que dicha parte de capital desembolsado pueda tener la condición de patrimonio “libre de todo compromiso previsible”, que el artº 17.2 de la Ley de Ordenación exige como condición fundamental de aptitud para poder ser computado a efectos de margen de solvencia.

b) Capital social suscrito pendiente de desembolso

Este concepto se corresponde con el saldo de las cuentas de “accionistas por desembolsos no exigidos” y “accionistas por aportaciones no dinerarias pendientes”, antes citadas, que se reflejan en el activo del balance y representan la parte de capital suscrito pendiente de desembolsar por los accionistas, según se trate, respectivamente, de aportaciones dinerarias o no dinerarias.

A efectos del margen de solvencia, según determina el Reglamento, solo se admite *“la mitad de la parte de capital social suscrito pendiente de desembolso”* previa exclusión, en su caso, de la parte de capital pendiente de desembolso que pudiera corresponder a las acciones sin voto.

c. Reservas patrimoniales

a'. Tipos de reservas admitidas

El artº 59.1.c) del Reglamento admite como partidas computables a efectos del margen de solvencia *“la reserva de revalorización, la prima de emisión y otras reservas patrimoniales”* y establece que *“será aplicable respecto de estas partidas”* lo indicado para el caso del capital social en el sentido de que si existe financiación de la entidad a sus socios el importe computable se corresponderá con la *posición neta inversora* de dichos socios.

Todas las cuentas de reservas que seguidamente trataremos constituyen el subgrupo de “reservas” (nº 11) del Plan de Contabilidad del Sector y, de conformidad con el mismo, forman parte de los fondos propios de la entidad.

La *reserva de revalorización*⁵⁴³ está constituida por las “revalorizaciones de los elementos patrimoniales cuando así surja por aplicación de una norma legal”.

La reserva relativa a la *prima de emisión* se corresponde con el saldo de la cuenta de “prima de emisión de acciones”⁵⁴⁴ en la que se reflejan “las aportaciones realizadas por los accionistas en caso de emisión o colocación de acciones a precio superior a su valor nominal”.

La referencia del reglamento a *otras reservas patrimoniales* debe entenderse en el sentido de que deben ser reservas generadas por recursos propios de la entidad. En este apartado deben incluirse las denominadas, siguiendo la terminología del Plan de Contabilidad sectorial:

- *Reserva legal*⁵⁴⁵: que incluye las establecidas por el artº 214 de la Ley de sociedades Anónimas (LSA) y por el artº 19 de la Ley de Ordenación del Seguro Privado. El primero de ellos obliga a dotar la reserva con un 10 por ciento de los beneficios anuales hasta que la misma alcance el 20 por ciento del capital social. El segundo precepto de los citados dispone que esta reserva se dotará también con los beneficios de los tres primeros ejercicios sociales completos de actividad y del ejercicio inicial si éste no fuese completo. La reserva legal se dotará, en general, con cargo a beneficios.

- *Reservas especiales*⁵⁴⁶: son las establecidas por cualquier disposición legal distinta de las mencionadas en otras cuentas de reservas.

- *Reservas para acciones propias*⁵⁴⁷: en el caso de que se produzca la situación de existencia de autocartera, debido a la adquisición por la entidad de parte de sus propias acciones (artº 79 de la LSA) dentro de los límites establecidos al efecto, debe ser constituida esta reserva que se mantendrá hasta tanto las acciones en cuestión sean enajenadas o amortizadas. También debe ser constituida cuando la entidad acepte acciones propias en garantía (artº 80 de la LSA), y también será indisponible en tanto dure la situación. Esta reserva se constituirá, por el importe de la adquisición o por el de la cantidad garantizada, con cargo a cualesquiera de las cuentas de reservas disponibles o a la de pérdidas y ganancias, según exige el Plan de Contabilidad Sectorial.

- *Reservas estatutarias*⁵⁴⁸: son aquellas que vienen establecidas por los propios estatutos sociales de la entidad, y se constituirán con cargo a beneficios.

- *Reservas voluntarias*⁵⁴⁹: Estas reservas no vienen impuestas por ninguna norma legal o estatutaria. Son constituidas libremente por la entidad, con cargo a los beneficios del ejercicio.

⁵⁴³ Cuenta 111 del PCEA.

⁵⁴⁴ Cuenta 110 del PCEA.

⁵⁴⁵ Cuenta 112 del PCEA.

⁵⁴⁶ Cuenta 113 del PCEA.

⁵⁴⁷ Cuenta 115 del PCEA

⁵⁴⁸ Cuenta 116 del PCEA

⁵⁴⁹ Cuenta 117 del PCEA

- *Otras reservas: reserva para acciones de la entidad dominante y reserva por capital amortizado*

La *reserva para acciones de la entidad dominante*⁵⁵⁰ tiene la misma razón de ser y el mismo funcionamiento que la *reserva para acciones propias* antes comentada”.

La *reserva por capital amortizado*⁵⁵¹ debe constituirse por el valor nominal de las acciones de la propia entidad adquiridas por ésta y amortizadas con cargo a beneficios o reservas disponibles. También debe constituirse si las acciones han sido adquiridas a título gratuito. Su dotación ha de tener en cuenta lo establecido al efecto por el artº 167 de la L.S.A., y de su saldo solo podrá disponerse con los mismos requisitos exigidos para los supuestos de reducción del capital social.

b'. Minoración de las reservas patrimoniales: partidas excluidas

El artº 59.1.c) establece que “*en todo caso se excluirán*”, del cómputo anterior “*en la medida en que su importe no se haya deducido ya en otras rúbricas, los siguientes conceptos*”:

Primero.- *Las reservas que se constituyan en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79, norma 3.ª y 80.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.*

Ello implica no admitir las antedichas reservas “*para acciones propias*” y “*para acciones de la sociedad dominante*” previstas bien para cuando exista la situación de autocartera, por adquisición de acciones propias o de la sociedad dominante, o bien cuando dichas acciones hayan sido admitidas en prenda u otra forma de garantía por parte de la entidad poseedora de las mismas.

Segundo.- *El importe de las acciones propias o de la sociedad dominante adquiridas o aceptadas en prenda u otra forma de garantía, directamente por la entidad o indirectamente a través de persona o sociedad interpuesta, así como el importe de las financiaciones a terceros cuyo objeto sea la adquisición de acciones propias, en la medida en que no se hubiesen constituido las reservas a que se refiere el párrafo anterior.*

Esta previsión está prevista únicamente para el caso de que no se hayan constituido las reservas “*para acciones propias*” y “*para acciones de la sociedad dominante*” antes mencionadas. En tal supuesto se deducirá directamente de las reservas computables para margen de solvencia el importe de las acciones adquiridas o bien el importe de las financiaciones concedidas a terceros que tengan por objeto la adquisición de acciones propias. Respecto a este último supuesto conviene hacer notar, como ha señalado un sector de la doctrina⁵⁵², que quizás hubiera sido más correcto haber deducido dichas financiaciones de la cifra de capital social en lugar de la de reservas patrimoniales, al igual que se hace con las financiaciones concedidas a los socios.

⁵⁵⁰ Cuenta 114 del PCEA

⁵⁵¹ Cuenta 118 del PCEA

⁵⁵² MAESTRO, José Luis. “Garantías técnico-financieras ...”. Op. cit. p. 374 y 375.

Tercero.- *Las acciones propias adquiridas para reducción de capital.*

Los motivos de esta deducción son los mismos que justifican las dos anteriores

Cuarto.- *Las reservas que se correspondan con los recursos propios mínimos exigidos por el artículo 20 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.*

Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el seguro de vida que sean gestoras de fondos de pensiones, no solo deben poseer la cifra de capital exigida para poder ejercer este último tipo de operaciones, capital que se encuentra directamente afectado a las mismas y que, como se indicó, se deduce de la cifra de capital social a efectos del margen de solvencia exigible en la actividad aseguradora. Dichas entidades deben también estar en posesión de un montante de recursos propios equivalente al 1 por ciento del valor total de los activos del fondo o fondos gestionados, en lo que exceda de mil millones de pesetas. A tales efectos se computarán como recursos propios el capital social desembolsado y las reservas que se determinen reglamentariamente⁵⁵³.

Pues bien, en virtud de la excepción antes indicada no serán aptas para margen de solvencia la parte de reservas que queden afectadas a la garantía de las operaciones de gestión de fondos de pensiones, toda vez que la mismas carecen del requisito de ser patrimonio propio no comprometido o, en terminología del artº 17.2 de la Ley “libre de todo compromiso previsible”.

d. El remanente y las aportaciones no reintegrables de socios que figuren en el pasivo del balance.

El “remanente” se constituye con los “beneficios no repartidos ni aplicados específicamente a ninguna otra cuenta tras la aprobación de las cuentas anuales y la distribución de resultados”, según dispone el Plan Contable sectorial⁵⁵⁴, y tienen la consideración de recursos propios libres de toda obligación.

Las “aportaciones no reintegrables de socios”, de acuerdo con el citado Plan Contable, son “cantidades no reintegrables efectivamente satisfechas por los socios o mutualistas con el objeto de compensar deudas de la entidad”⁵⁵⁵. Esta partida, en sí misma, no puede ser calificada como patrimonio propio no comprometido toda vez que está destinada a compensar pérdidas, pero resulta admitida para margen de solvencia ya que, como veremos, de la suma de partidas positivas se deduce el saldo deudor de pérdidas y ganancias el cual resultará minorado en la cuantía de las aportaciones citadas una vez efectuada la compensación contable.

⁵⁵³ Según la nueva redacción dada al artº 20.1.a) de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones, por el nº 12 de la Disposición Adicional Undécima de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995.

⁵⁵⁴ Cuenta nº 120 del PCEA.

⁵⁵⁵ Cuenta nº 122 del PCEA.

e. La parte del saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias que se destine a incrementar los fondos propios de la entidad.

Como puede comprobarse, no todo el saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias es admitido para margen de solvencia. Solo será admisible la parte de dicho saldo que esté destinada a permanecer en el patrimonio de la entidad y que constituye autofinanciación de la misma y, en consecuencia, un incremento de sus fondos propios. En consecuencia el saldo acreedor correspondiente al resultado contable del ejercicio deberá ser depurado de la parte del mismo destinada a ser distribuida entre los socios (dividendos activos, derramas activas y retornos activos, según se trate de sociedades anónimas, mutuas o cooperativas).

Lo anterior significa que habrá de partirse de la distribución de anual de resultados formulado de acuerdo con lo establecido al respecto por el Plan de Contabilidad sectorial el cual, al regular en su Cuarta Parte las Cuentas Anuales (balance, cuenta e pérdidas y ganancias, memoria y memoria abreviada), exige que en la ha de hacerse constar la distribución del resultado según el “esquema” previsto al efecto.

Dicha distribución anual de resultados habrá de estar aprobada por la Junta General o Asamblea General de socios, según los casos, órgano competente para la aprobación de la gestión y las cuentas del ejercicio. tal y como establecen los arts. 95 de la Ley de Sociedades Anónimas, 16 del Reglamento de Ordenación, para las sociedades mutuas⁵⁵⁶, y 21.2.a) de la Ley de Cooperativas.

No obstante se plantea una situación especial cuando se trate de establecer el margen de solvencia en momentos distintos al del cierre del ejercicio económico anual tales como en los casos de presentación de la información trimestral al Órgano de Control, operaciones societarias (cesiones de cartera, fusiones o escisiones), etc. En tales casos la determinación de la parte del saldo de beneficios que queda destinado a incrementar los recursos propios de la entidad no puede ser expresado con exactitud y, en consecuencia, habrá que acudir a la experiencia de años anteriores para poder determinar, mediante algún método de extrapolación, la parte del beneficio que se puede considerar integrado en los fondos propios de la entidad.

f. El saldo acreedor del fondo permanente de la casa central, para las sucursales en España de entidades aseguradoras domiciliadas en terceros países no miembros del Espacio Económico Europeo.

Conviene señalar que, en el caso expuesto, se trata de sucursales de entidades que no pertenecen al Espacio Económico Europeo. A las sucursales de estas últimas no se les exige el cumplimiento del requisito del margen de solvencia toda vez que éste, por aplicación del principio de licencia única, le será requerido a la propia entidad de origen cuya situación de solvencia estará supervisada por la Autoridad competente del país en el que radique la sede social de la entidad a la que pertenezca la sucursal.

⁵⁵⁶ Aplicable también a las Mutualidades de Previsión Social en virtud de lo dispuesto por la D.A. 6º del Reglamento de Ordenación conforme al cual éste resulta de aplicación en todo lo que no se oponga al Reglamento específico de dichas entidades.

Pero en el caso de entidades cuya sede social no radique en el Espacio Económico Europeo, el primer párrafo del artº 88 de la Ley de Ordenación establece que las sucursales de las mismas establecidas en España estarán sometidas plenamente a las disposiciones del Título II de la citada Ley que regula la actividad de las entidades aseguradoras españolas (si bien no les es aplicable el capítulo IV relativo al ejercicio de la actividad en régimen de establecimiento o de libre prestación de servicios en el Espacio Económico Europeo, y sus riesgos siempre deberán estar localizados y sus riesgos asumidos en España). Tal régimen implica la obligatoriedad de que la sucursal cumpla individualmente con las exigencias de margen de solvencia legalmente previstas.

El fondo permanente indicado se refiere al exigido por el artº 87.1.d) de la Ley de Ordenación que, según este precepto, no podrá ser inferior a la cifra mínima de capital o fondo mutual establecida por el artº 13 de la Ley para las entidades aseguradoras españolas. La función económica de dicha partida es equivalente a la del capital social o fondo mutual de las entidades españolas y, en consecuencia se considera apta para cubrir el margen de solvencia exigible. El “fondo permanente de la casa central”, según el Plan de contabilidad del sector, está constituido por la “inversión permanente en sucursales españolas de entidades aseguradoras domiciliadas en terceros países, no miembros del Espacio Económico Europeo”⁵⁵⁷.

No obstante lo anterior, conviene indicar que el artº 59.1.f) del Reglamento al regular esta materia establece que sobre el saldo del fondo permanente debe realizarse la deducción que el mismo determina. Así dispone que “*será aplicable respecto de esta rúbrica lo indicado en el primer inciso del párrafo a)*” de dicho artículo, referido a la cifra de capital social desembolsado anteriormente tratada.

Pero la dicción literal del texto plantea algún problema de interpretación. De acuerdo con la terminología utilizada por el Reglamento, éste considera como “párrafo” el contenido de cada una de las “letras” que constan en el texto y denomina “inciso” a cada uno de los apartados que en punto y aparte conforman, en su caso, cada “párrafo”.

De acuerdo con lo anterior, la remisión al “*primer inciso del párrafo a)*” debería ser entendida como referida a la deducción que se establece sobre la cifra de capital social desembolsado por la parte del mismo que corresponda a “acciones sin voto”, ya que el primer “inciso” de dicho párrafo a) remite a lo dispuesto en el “*párrafo j)*” del mismo artº 59, que regula esta materia y que, como se indicará, admite en partida independiente el capital social desembolsado de las acciones sin voto y las financiaciones subordinadas con el límite del 50 por ciento del margen de solvencia.

No obstante, un sector de la doctrina⁵⁵⁸ ha interpretado, en el caso que nos ocupa, que la indicada remisión al párrafo a) del propio artº 59 se refiere al supuesto en que la entidad esté financiando a sus socios directa o indirectamente (inciso segundo del párrafo a) del artº 59, en la terminología reglamentaria), en cuyo caso lo que debería computarse sería la posición neta inversora del socio, de acuerdo con lo anteriormente indicado al tratar esta cuestión.

⁵⁵⁷ Cuenta nº 103 del PCEA.

⁵⁵⁸ MAESTRO, José Luis. “*Garantías técnico-financieras ...*”. Op. cit. p. 376, 377 y 378.

Sea cual sea la interpretación de la norma, lo que sí está claro es que la finalidad de la misma es la de poner en igualdad de condiciones de trato a las entidades aseguradoras de nacionalidad española y a las sucursales de entidades de terceros países, pero otra cosa es que dicha finalidad sea de fácil cumplimiento en el supuesto de que en la sociedad de origen de la sucursal existan acciones sin voto, financiaciones subordinadas o financiaciones, directas o indirectas, a los socios.

Solo a modo de aproximación pueden señalarse algunas cuestiones que dificultarían la aplicación de la norma.

Así, en primer lugar nos encontraremos con la dificultad de penetrar en el ordenamiento jurídico del país correspondiente para establecer si el mismo admite o no, y en caso positivo en qué condiciones, la existencia de acciones sin voto, financiaciones subordinadas y financiación a los socios; en segundo lugar, en el supuesto de que dichos ordenamientos admitan tales operaciones habremos de decidir si se admiten con los criterios establecidos por los mismos o se les aplicarían los requisitos previstos para tales casos por la legislación española, lo cual parecería lógico cuando lo que se persigue es equiparar el trato de las sucursales con el de las entidades nacionales; y, en tercer lugar, una vez determinada la cuantía de tales magnitudes, habrá que establecer el criterio o criterios de imputación aplicables para atribuir al patrimonio de la sucursal la parte de aquellas que pudiera corresponderle, criterios que podrían verse en la necesidad de tener en cuenta magnitudes contables de la entidad de origen (capital total, capital desembolsado, fondos propios, volumen de financiación a los socios, volumen las financiaciones subordinadas, etc.) lo que implica, al final, dar validez al balance y cuentas de dicha entidad sin que sobre tales documentos pueda haber, de hecho, una supervisión “in situ” por carecer el Órgano de Control español de competencias para ello.

Todo ello siembra de dificultades la aplicación de la norma y la consecución de su finalidad. A estos efectos podría considerarse que si bien el fin inmediato del precepto es la equiparación de este tipo de sucursales con las entidades nacionales, su fin último es el de depurar los fondos propios admisibles para garantía del margen de solvencia. Pues bien, el fondo permanente constituye una inversión para la entidad de origen y cumple en la sucursal la finalidad económica que el capital social en una entidad española pero no tiene, evidentemente, los demás caracteres de éste. La sucursal carece de personalidad jurídica, ésta radica en la entidad que la establece y en el todo indivisible que representa su patrimonio es en el que deberán de ser tenidas en cuenta, en su caso, la existencia de situaciones como las que ahora son objeto de comentario y que son de muy difícil reflejo en las cuentas de la sucursal.

Si, como hemos indicado, el fin último de la norma es la garantía del margen de solvencia, quizás debería tenerse en consideración que, una vez transferidos a la sucursal los recursos necesarios para constituir el fondo permanente que exige la Ley, lo que cuenta es que la inversión de tales recursos sea susceptible de control para que no pueda verse defraudada la función de garantía económica que los mismos ostentan, finalidad que parece ser reconocida por el propio Reglamento cuando dispone en el segundo párrafo de su artº 137.1 que *“los activos que se correspondan con el margen de solvencia de las sucursales deberán estar localizados en España hasta el importe del fondo de garantía, y en la parte que exceda del mismo en cualquier país del espacio*

económico europeo”, criterio que puede manifestarse como más eficaz para la consecución del fin pretendido.

g. Plusvalías por infravaloración de activos o sobrevaloración de pasivos

a'. Introducción

Las plusvalías producidas por infravaloración de activos o por sobrevaloración de pasivos constituyen una de las expresiones de partidas extracontables que pueden ser tenidas en cuenta a efectos de determinar el patrimonio propio no comprometido. Así, al igual que ocurre con la cobertura de provisiones técnicas, la solvencia de una entidad no queda definida únicamente por la valoración de su patrimonio que presenten sus estados contables los cuales, en muchas ocasiones, no reflejan el valor real de los activos y pasivos, como ocurre, por ejemplo en el caso de los inmuebles y los valores negociables que están contabilizados a precio de adquisición

Esta disociación en el tratamiento de las valoraciones se produce porque tanto en el caso de la cobertura de provisiones técnicas como en el del margen de solvencia el criterio aplicable es el de “valor de mercado” y “de empresa en liquidación”, mientras que los estados contables se configuran bajo los principios de “valor de adquisición” y “de empresa en funcionamiento”, de acuerdo con las previsiones establecidas por el Plan de Contabilidad del sector, según dispone el mismo en su Parte Primera relativa a los principios contables que deben ser aplicados en la contabilización de las operaciones⁵⁵⁹.

Así mismo conviene resaltar que la valoración de las plusvalías de activo y pasivo, como partida positiva computable, junto con la valoración de las posibles minusvalías de activo y pasivo, como partida negativa deducible, que más adelante trataremos, y la verificación del saldo de pérdidas y ganancias tienen como consecuencia material y práctica que para que el cálculo del margen de solvencia pueda hacerse con rigor y fiabilidad deben ser comprobadas todas y cada una de las cuentas del balance y divisionarias de la de pérdidas y ganancias. Ello implica que para determinar con exactitud el margen de solvencia de una entidad deba, de hecho, realizarse una auditoría contable de sus estados financieros, la cual será más o menos compleja en función de las características de la entidad analizada (volumen de operaciones, número de ramos en que opere, ámbito territorial de actuación, composición de sus inversiones, eficacia de sus procedimientos contables, etc.).

⁵⁵⁹ El PCEA al definir los nueve principios contables, exigibles según el nº 2 de su Parte Primera, dispone lo siguiente: “ b) Principio de empresa en funcionamiento. *Se considerará que la actividad de la entidad tiene una duración prácticamente indeterminada. En consecuencia la aplicación de los principios contables ni irá encaminada a determinar el valor del patrimonio a efectos de su enajenación global o parcial, ni en importe resultante en caso de liquidación*” y “d) Principio del precio de adquisición. *Como norma general y sin perjuicio de los criterios contables aplicables cuando se trate de inversiones afectas a pólizas de seguros en las que el tomador asuma el riesgo de la inversión, todos los bienes y derechos se contabilizarán por su precio de adquisición o coste de producción. Cuando, en virtud de lo dispuesto en las normas legales, no se aplique este principio, deberá informarse sobre ello en la memoria*”.

b'. Plusvalías que provengan de la infravaloración de activos aptos para la cobertura de provisiones técnicas y de la sobrevaloración de pasivos

El primer párrafo del artº 59.1.g) del Reglamento declara que podrán integrar el margen de solvencia “*las plusvalías resultantes de la infravaloración de bienes y derechos aptos para cobertura de provisiones técnicas, y de la sobrevaloración de elementos de pasivo, previa deducción de todos los gastos que pudieran incidir en el importe final de la plusvalía*”.

La admisión de estas partidas ya se encontraba aceptada por el anterior Reglamento de Ordenación de 1985, el cual no distinguía entre activos aptos o no aptos para cobertura de provisiones y exigía, en todos los casos, que dichas plusvalías no tuvieran carácter excepcional y se hubiera obtenido aceptación de la Dirección General de Seguros, previa solicitud y justificación por parte de la entidad.

La regulación actual sí distingue, a estos efectos, entre activos aptos y no aptos para cobertura, admitiendo de plano las plusvalías de los primeros y las de los pasivos, sin necesidad de previa solicitud y aceptación por parte de la Dirección General de Seguros.

En el caso de los activos aptos para cobertura de provisiones técnicas existen criterios objetivos de valoración, los establecidos por el propio Reglamento a efectos de cobertura de provisiones, que permiten determinar con fiabilidad la diferencia que pueda producirse entre su valoración a efectos de balance (precio de adquisición) y la admitida a efectos de dicha cobertura (valor de realización). Por ello, aunque el Reglamento no establezca nada concreto al respecto, parece lógico pensar que la plusvalía imputable a efectos de margen de solvencia venga dada por la diferencia entre el valor otorgado a los bienes y derechos a efectos de cobertura de provisiones (similar, aunque no coincidente, con el valor de mercado) y el valor neto contable de los mismos.

Por lo que se refiere a las plusvalías producidas por sobrevaloración de los pasivos no existen criterios tan objetivos, como los señalados en el caso de activos aptos para cobertura, para garantizar la exactitud de tales plusvalías, razón por la cual pueden ser de mayor envergadura las dificultades para determinar la adecuación de su cuantía. Por ello cabría pensar que en este caso se debería haber mantenido su justificación previa ante la Dirección General de Seguros, como ha ocurrido en el supuesto de las plusvalías en activos no aptos.

Tanto si la plusvalía procede de activos como de pasivos, en ambos casos se deducirá de la misma los gastos que puedan incidir en su importe final.

c'. Plusvalías de activos no aptos para cobertura de provisiones técnicas

El segundo párrafo del citado artº 59.1.g) del reglamento dispone que “*la admisión de las plusvalías que se pusieran de manifiesto en activos que no sean aptos para cobertura de provisiones técnicas en los mismos términos del párrafo anterior, requerirá que la entidad aseguradora justifique previamente su importe ante la Dirección General de Seguros*”.

Cuando la plusvalía procede de bienes o derechos no aptos para la cobertura de provisiones técnicas se carece de las garantías de valoración que concurren en los activos aptos para cobertura (tasación oficial de los inmuebles, valores mobiliarios negociados en mercados organizados de los que surge su cotización oficial, etc) con lo cual su posible valor de mercado no queda tan explícitamente comprobado. Por ello se exige que la entidad justifique previamente el importe de la plusvalía en cuestión ante la Dirección General de Seguros. El valor de mercado habrá de ser determinado en estos casos con arreglo a las normas que para su cálculo establece el Plan de Contabilidad sectorial.

d'. Plusvalías excluidas

El párrafo tercero del artº 59.1.g) del Reglamento establece que *“en ningún caso podrán computarse las plusvalías que procedan de carteras de inversiones a vencimiento vinculadas a operaciones de seguros de vida de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.2 [del Reglamento]”*.

El artº 33 del Reglamento, que regula el tipo de interés aplicable para el cálculo de la provisión de seguros de vida, después de establecer la regla general aplicable, dispone en su nº 2 que *“cuando así se haya previsto en base técnica, las entidades que hayan asignado inversiones a determinadas operaciones de seguro, siempre que aquéllas resulten adecuadas a éstas, podrán determinar la provisión de seguros de vida por aplicación de un tipo de interés determinado en función de la tasa interna de rentabilidad de dichas inversiones”*, siempre que se cumplan determinados requisitos establecidos tanto en el propio precepto como en el nº 2 de la O.M. de 23 de diciembre de 1998. Esta última, entre otras condiciones, establece que de entre los activos aptos para cobertura de provisiones, los asignados a tales operaciones deben ser valores negociables de renta fija, depósitos de entidades de crédito, en ambos casos con determinados requisitos, tesorería e instrumentos derivados, también bajo ciertos requisitos.

Pues bien, volviendo al artº 59 del Reglamento éste excluye del cómputo del patrimonio propio no comprometido las plusvalías que puedan generar la cartera de inversiones (necesariamente valores de renta fija) que estén vinculadas a operaciones de seguros de vida, toda vez que dichas carteras se adquieren “a vencimiento” (razón por la cual se permite que el tipo de interés aplicable al cálculo de la provisión técnica se aparte de la regla general prevista al efecto) y la entidad debe mantenerlas en su activo hasta la amortización de las mismas sin que pueda enajenarlas, salvo en determinadas condiciones y circunstancias. A lo largo de la vida de las referidas inversiones su valor de mercado puede tener fluctuaciones en relación con su precio de adquisición y, en consecuencia, pueden generarse plusvalías que, no obstante, carecen de efecto alguno sobre la solvencia de la entidad toda vez que dichas plusvalías no pueden realizarse por tener la entidad que esperar hasta el vencimiento de las inversiones afectadas, momento en el cual lo que la entidad percibirá será el valor de reembolso de tales inversiones.

Pero es que, además, las oscilaciones del precio de mercado no afectan desde el punto de vista de la solvencia de la entidad toda vez que, incluso, para su valoración a efectos de provisiones técnicas (en que generalmente se utiliza el principio de empresa en liquidación y un sistema de valoración muy próximo al precio de mercado) el valor

admitido en este supuesto, por las razones antes indicadas, no es el precio de mercado sino el de adquisición, coincidiendo así el valor de cobertura con el de balance.

h. Derrama pasiva exigible a los mutualistas

Se trata en este caso de otra de las partidas aptas para margen de solvencia que no tienen expresión contable.

El artº 59.1.h) del Reglamento admite que se pueda computar como patrimonio propio no comprometido “*el 50 por 100 de la derrama pasiva, cuando sea exigible a los mutualistas en los términos*” que establece el artº 9.2.e) de la Ley de Ordenación el cual dispone que “los resultados de cada ejercicio darán lugar a la correspondiente derrama activa o retorno (...).o, *en su caso pasiva*, que deberá ser individualizada y hecha efectiva en el ejercicio siguiente”. Esta derrama es la que podrá ser tenida en cuenta a efectos de margen de solvencia.

El establecimiento de las derramas pasivas ya fue tratado en su momento al comentar los tipos sociales admitidos para operar en el seguro privado. Como quedó indicado, la derrama pasiva es consecuencia de la posibilidad de que los socios mutualistas de las sociedades mutuas puedan responder de las deudas sociales, dentro de los límites que marca la Ley (si así se establece en los estatutos en las mutuas prima fija y siempre en el caso de las mutuas a prima variable). Dichos límites son, como máximo, de un importe equivalente al de la prima que se pague anualmente, para las mutuas a prima fija, o proporcional al del capital asegurado y con el límite de éste, para las mutuas a prima variable -arts. 9.2.d) y 10.1 de la Ley de Ordenación, respectivamente-.

Esta posibilidad incorpora una garantía financiera adicional al permitir que la entidad pueda reclamar de sus socios, sin más límites que los establecidos legalmente, la aportación de fondos bien para compensar pérdidas, bien para incrementar su fondo mutual o sus reservas, efecto garantizador que ha sido reconocido por la propia Ley, en su artº 13.2., al permitir que las mutuas a prima fija con responsabilidad de los socios por las deudas sociales puedan tener un fondo mutual equivalente a las tres cuartas partes del exigido con carácter general a estas entidades.

Desde el punto de vista de la obligación de disponer del margen de solvencia lo que interesa destacar es la posibilidad de que, ante la existencia de pérdidas que puedan impedir el cumplimiento de dicha obligación, la entidad puede reclamar de sus mutualistas vía derrama pasiva, los importes necesarios para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones legales de solvencia, y ello siempre dentro de los límites legales establecidos para dicha responsabilidad.

La formulación jurídica del principio de responsabilidad de los mutualistas por las deudas sociales no plantea duda alguna en cuanto a su alcance y a su correlativa función de garantía. Pero, con independencia de ello, puede ocurrir, por un lado, -ya que la responsabilidad de los mutualistas no es ilimitada-, que con la propia derrama pasiva llevada a sus límites legales máximos no haya fondos suficientes para superar el déficit y, por otro lado, también puede suceder que ante la aparición de dificultades para materializar dicha derrama pasiva, haya que reclamar su pago por vía judicial, lo cual puede significar no solo perjuicios por el retraso en disponer de los fondos necesarios

sino pérdidas económicas adicionales derivadas de los gastos judiciales que pueden provocar miles, decenas, o incluso centenas de miles de reclamaciones, circunstancias que incluso pueden disuadir de la reclamación del cobro de la derrama por vía judicial, con el consiguiente perjuicio para los intereses económicos de la entidad y para la eficacia y credibilidad de la función de garantía que, en principio, representa la posibilidad de exigir a los mutualistas dicha derrama como consecuencia lógica de su compromiso estatutario de, con los límites que correspondan, hacerse responsables de las deudas de la entidad.

A la vista de lo expuesto resulta lógico que el Reglamento establezca varios límites cuantitativos para la admisión de las derramas pasivas como partida computable del patrimonio propio no comprometido. Tales límites, de acuerdo con establecido por el citado artº 59.1.h), son los siguientes: *“el 50 por 100 de la derrama pasiva (...) con el límite del 50 por 100 de las primas netas de anulaciones del seguro directo. Este sumando no podrá exceder de la mitad del patrimonio propio no comprometido”* resultante de computar todas las partidas antes indicadas, excluyendo la propia derrama pasiva, y una vez deducidos los elementos inmateriales.

Por último, conviene indicar que lo anteriormente expuesto será aplicable también a las sociedades cooperativas de seguros, toda vez que los arts. 9.4.a) y 10.5.a) de la Ley de Ordenación establecen que serán de aplicación a las cooperativas a prima fija y a la a prima variable, respectivamente, las normas establecidas para las mutuas de su misma clase, normas entre las que se encuentran las relativas a la responsabilidad de los socios por la deudas sociales.

i. Beneficios futuros del ramo de vida

El artº 59.1.i) del Reglamento admite como partida computable para el patrimonio propio no comprometido *“el 50 por 100 de los beneficios futuros, referidos exclusivamente al ramo de vida.”*

Se trata, también, de una partida extracontable cuya admisión se justifica en el carácter dinámico que inspira la regulación del margen de solvencia. Si las exigencias del margen de solvencia al ser dinámicas se proyectan hacia el futuro, sobrepasando los límites de la solvencia estática garantizada por las provisiones técnicas, parece lógico que ante la naturaleza dinámica de esas exigencias de solvencia se admita también la capacidad dinámica de la entidad a la hora de generar beneficios futuros, los cuales serían tomados en cuenta a la hora de determinar el valor de aquella ante una hipotética transmisión de la misma.

Pero esta posibilidad de admitir los posibles beneficios futuros solo puede aplicarse bajo el cumplimiento de determinadas condiciones y garantías y con ciertas restricciones. Por ello son admitidos únicamente en el caso del seguro sobre la vida, cuya gestión presenta una estabilidad técnica, de la que carecen los ramos no vida, debido a factores específicos tales como, entre otros, la estabilidad de sus cálculos estadísticos basados en las tablas de mortalidad y el largo plazo en la duración de los contratos, que permiten una política estable de planificación de las inversiones que representan sus provisiones técnicas matemáticas. Un ejemplo ilustrativo vendría dado por las inversiones en renta fija, cuya rentabilidad futura si bien no puede ser

contabilizada antes de su obtención, sí puede estar razonablemente garantizada, según las respectivas condiciones de emisión, hasta su amortización final y tampoco puede mantenerse que el valor de esa rentabilidad de ejercicios futuros es nulo.

Por ello se admiten dichos beneficios futuros, con el límite de su 50 por ciento, estableciendo el referido precepto que para el cálculo de su importe *“se hallará la media aritmética de los resultados de la cuenta técnica obtenidos en el ramo durante los últimos cinco años, y la media así obtenida se multiplicará por el factor que represente la duración residual media de los contratos, sin que dicho factor pueda ser superior a diez. Cuando la entidad no pueda justificar la duración residual media de los contratos, el factor a utilizar será igual a cinco”*.

El método de cálculo del Reglamento resulta un método sencillo, al tomar como base la media aritmética de los resultados típicos de la actividad obtenidos en la cuenta técnica del ramo durante los últimos cinco años. Dicho valor medio deberá multiplicarse por un factor representativo de la “duración residual media” de las pólizas, debiendo entenderse por duración residual el plazo de vigencia pendiente en un contrato hasta el pago de la prestación garantizada, el cual habrá de ser medido en términos de la probabilidad que subyace en el contrato respecto de que el asegurado viva o muera.

El Reglamento no establece ningún criterio para el cálculo de dicha duración media, por lo que cabe pensar que dicho cálculo habrá de ser realizado en función de la experiencia de cada entidad. No obstante lo que sí dispone el precepto indicado es que la duración media a tener en cuenta en el cálculo no podrá ser superior a 10 años y que cuando la entidad no pueda justificar el plazo de dicha duración media se podrá utilizar un valor de 5 años. La aplicación de este último valor de 5 años implica, de hecho, admitir para margen de solvencia los beneficios de la cuenta técnica producidos durante los últimos cinco años ya que dividiendo por cinco para obtener el valor medio de los resultados y multiplicar por cinco, como duración residual media, se vuelve al resultado original.

Además, el precepto reglamentario impone otro límite al disponer que el resultado obtenido con el cálculo anterior *“no podrá exceder del 50 por 100 del patrimonio propio no comprometido”* evaluado computando las partidas a) a g) anteriores, deducidos los elementos inmateriales. Así pues, se calcula dicho límite sin tener en cuenta en el patrimonio propio ni las posibles derramas pasivas ni los propios beneficios futuros.

No obstante, según se puso de manifiesto anteriormente, conviene resaltar que la nueva *Directiva 2002/12/CEE, de 5 de marzo, sobre el seguro de vida* modifica la 79/267/CEE principalmente en lo relativo al margen de solvencia y al fondo de garantía, y una de sus principales novedades radica en que la posibilidad de incluir beneficios futuros en el margen de solvencia se limita y somete a condiciones y, en cualquier caso, se elimina a partir de 2009, y todo ello *“con objeto de mejorar la calidad del margen de solvencia”*, según se hace constar en el considerando nº 8 de la propia Directiva.

j. Capital social correspondiente a las acciones sin voto y financiaciones subordinadas

a'. Capital de las acciones sin voto

Como ya se comentó, al tratar de las partidas del capital desembolsado y del pendiente de desembolso el Reglamento elimina de las mismas el capital correspondiente a las acciones sin voto, toda vez que las mismas tienen un tratamiento independiente como veremos a continuación.

Permite el artº 59.1.j) del texto reglamentario que se admita como patrimonio propio no comprometido “*la parte del capital social correspondiente a las acciones sin voto reguladas en la sección quinta del capítulo IV de la Ley de Sociedades Anónimas y las financiaciones subordinadas, hasta un límite máximo del 50 por 100 del margen de solvencia*”.

El régimen jurídico de las acciones sin voto se encuentra establecido por los arts. 90, 91 y 92 de la Ley de Sociedades Anónimas. Dichos preceptos determinan los caracteres especiales que concurren en las acciones sin voto, los cuales se concretan, en general, en que a cambio de no poder ejercer el principal derecho político del socio, cual es el ejercicio del voto, y de no poder influir en las decisiones sociales, ya que el control de la sociedad está en manos de los socios con derecho a voto, se ven reforzados sus derechos económicos respecto de los que corresponden a los socios con derecho a voto.

En síntesis, las características especiales que concurren en las acciones sin voto pueden resumirse en las siguientes:

Primera: El importe de su valor nominal no puede superar la mitad del capital social desembolsado.

Segunda: Los socios titulares de estas acciones tienen derecho a percibir un dividendo mínimo anual, fijo o variable.

Tercera: Además tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las acciones ordinarias.

Cuarta: Si existen beneficios distribuibles la sociedad está obligada a pagar el dividendo mínimo que corresponda.

Quinta: De no haber beneficios o si no los hay en cantidad suficiente, la parte no pagada del dividendo mínimo debe ser satisfecha en los cinco ejercicios siguientes.

Sexta: Mientras no sean satisfechos los dividendos mínimos, los accionistas sin voto tendrán los mismos derechos que los titulares de acciones ordinarias, lo cual incluye el derecho a voto, conservando sus derechos económicos.

Séptima: En caso de reducción de capital por pérdidas, si la cifra de reducción no supera el valor nominal de las acciones ordinarias la reducción de capital no podrá afectar a las acciones sin voto.

Octava: Si a causa de la reducción de capital se pierde la proporción citada en la característica primera, esta deberá recuperarse en el plazo de dos años. En caso contrario procederá la disolución de la sociedad.

Novena: En caso de liquidación los titulares de las acciones sin voto tienen derecho preferente a recuperar su parte de capital desembolsado antes de distribuir cantidad alguna al resto de las acciones.

Décima: Las acciones sin voto no pueden agruparse para nombrar vocales en el consejo de Administración por el sistema de representación proporcional.

A la vista de lo expuesto y dados los especiales derechos económicos que concurren en los titulares de acciones sin voto, el Reglamento de Ordenación admite tales acciones como partida computable del patrimonio propio pero les impone un límite del 50 por ciento del mismo, límite en el que hay que incluir también las financiaciones subordinadas a las que se hará referencia a continuación. Dicho tratamiento significa que al igual que en los demás tipos de acciones, y tal y como señala el Reglamento, *“las acciones sin voto se computarán por su capital desembolsado más la mitad del pendiente de desembolso”*, importes que sumados al de las financiaciones subordinadas no podrán superar, conjuntamente, el límite de la mitad del margen de solvencia.

b'. Financiaciones subordinadas

Las financiaciones subordinadas no constituyen realmente patrimonio propio de la entidad sino que, realmente, tienen la condición de pasivo exigible aunque, eso sí, un pasivo exigible que goza de una especial naturaleza, como seguidamente veremos.

El Plan de Contabilidad sectorial, como es lógico, no incluye esta partida dentro de los fondos propios de la entidad pero sí dentro del grupo 1 de *“financiación básica”*, aunque tampoco la incluye en el pasivo como *“deudas”* sino que crea una rubrica especial bajo el rótulo de *“pasivos subordinados”* que acoge la cuenta denominada *“préstamos subordinados y otra financiación asimilable”*⁵⁶⁰ destinada a contabilizar las *“deudas a cargo de la entidad, estén o no representadas mediante valores negociables, respecto de las cuales se haya acordado contractualmente que, en caso de liquidación o quiebra, únicamente se reembolsarán en caso de que se hayan satisfecho las deudas de los demás acreedores”*.

Este tipo de financiaciones, que suelen tener un plazo de reembolso bastante amplio, otorgan una mayor rentabilidad a los inversores a cambio de la cual estos aceptan quedar al final del orden de prelación de créditos en caso de quiebra o liquidación, y renuncian a la posibilidad de ejercer derechos de rescate, reembolso o amortización anticipada. Estos caracteres confieren a este tipo de financiaciones una naturaleza de estabilidad y permanencia muy cercana a la de los fondos propios, razones por las que se admiten como patrimonio propio a efectos del margen de solvencia, aunque con ciertos límites y condiciones.

A tal efecto, el artº 59.1.j) establece que para que tales financiaciones subordinadas puedan ser admitidas, éstas *“habrán de cumplir las siguientes condiciones, que se harán constar en los contratos y folletos de emisión:*

1.º Existirá acuerdo vinculante por cuya virtud, a efectos de la prelación de créditos, los acreedores por este concepto se sitúen detrás de todos los acreedores comunes.

2.º Únicamente se tomarán en consideración los fondos efectivamente desembolsados.

⁵⁶⁰ Cuenta nº 152 del PCEA:

3.º Cuando se trate de préstamos a plazo fijo, el plazo inicial será de cinco años, como mínimo. Si no hubiera sido fijada la fecha de su vencimiento, deberá haberse estipulado para su retirada total o parcial un preaviso de, al menos, cinco años.

Tanto en uno como en otro caso, desde el momento en que su plazo remanente sea de cinco años, y durante dichos cinco años, reducirán su cómputo como patrimonio propio a razón de un 20 por 100 anual, hasta que su plazo remanente sea inferior a un año, momento en el que dejarán de computarse como tales.

4.º No podrán contener cláusulas de rescate, reembolso o amortización anticipada, sin perjuicio de que el deudor pueda proceder al reembolso anticipado si con ello no se ve afectada la solvencia de la entidad, previa autorización de la Dirección General de Seguros.

Respecto al límite establecido para su cómputo, el citado precepto establece que “*las financiaciones subordinadas de duración determinada no podrán computarse por un importe superior al 25 por 100 del margen de solvencia*”. Este límite hay que ponerlo en relación con el anteriormente citado del 50 por ciento del margen de solvencia para la suma del capital correspondiente a las acciones sin voto y de las financiaciones subordinadas, en el sentido de que mientras que si no existen estas últimas las acciones sin voto pueden alcanzar el 50 por ciento del margen, si solo existen financiaciones subordinadas éstas no pueden sobrepasar la cifra del 25 por ciento del margen de solvencia.

En otro orden de cosas, la redacción el primer párrafo del artº 59.1.j) plantea algún problema de interpretación que ha sido resaltado por un sector de la doctrina⁵⁶¹. Dicho precepto, como ha quedado indicado, establece que la suma del capital imputable a acciones sin voto más el importe de las financiaciones subordinadas no podrá superar el 50 por ciento “*del margen de solvencia*”. En otros supuestos, cuando el Reglamento ha querido imponer límites a alguna partida, como es el caso de la “*derrama pasiva exigible a los mutualistas*” y de los “*beneficios futuros del ramo de vida*, lo ha hecho refiriéndose al “*patrimonio propio no comprometido*” estableciendo el límite también del 50 por ciento de este, pero sin computar en él, a efectos de cuantificar dicho límite, las propias partidas sometidas a limitación (la primera de ellas en el primer supuesto y las dos en el segundo de los casos).

La posible duda interpretativa radica en establecer si la referencia al “*margen de solvencia*” debe entenderse hecha al “*patrimonio propio no comprometido*” o, por el contrario, a la “*cuantía mínima*” del margen. Como vimos en su momento, tanto para las Directivas Comunitarias como para la normativa española el concepto de margen de solvencia es sinónimo del de patrimonio propio no comprometido, por lo que sería a este concepto al que debería entenderse hecha la referencia, lo que implica admitir que dichas partidas (capital de las acciones sin voto y financiaciones subordinadas) puedan representar hasta la mitad del patrimonio propio y otorgarles el mismo tratamiento que al resto de las partidas que representarían la otra mitad del patrimonio propio y algunas de las cuales, en cambio, no tienen legalmente limitación alguna para su admisión porque ostentan una calidad superior a las ahora comentadas.

⁵⁶¹ MAESTRO, José Luis. “*Garantías técnico-financieras ...*”. Op. cit. p. 391 a 393.

Para tratar de paliar tal situación una opción podría ser la de considerar que el límite gira sobre la cuantía mínima del margen de solvencia, opción que, como ha quedado reflejado, no tiene un soporte jurídico suficiente. Otra posibilidad sería, al menos, la de estimar que la cifra de patrimonio propio no comprometido sobre la que debe aplicarse el límite del 50 por ciento es la cifra de éste neta de las propias partidas objeto de comentario, como ocurre con las derramas pasivas y los beneficios futuros o, incluso, neta también de éstas dos últimas, pues en tales casos el Reglamento configura la base de cálculo con las siete primeras de las partidas analizadas que, en general, pueden calificarse como de mejor calidad frente a las demás. Pero sostener esta hipótesis también implica forzar la interpretación de la norma pues cuando ésta quiere hacer distinciones las formula explícitamente y en este caso el precepto guarda silencio al respecto.

No obstante, respecto a lo anterior estamos en una situación transitoria toda vez que las nuevas Directivas 2002/12 y 13/CEE, de 5 de marzo⁵⁶² que introducen la nomenclatura de “margen de solvencia disponible” (patrimonio propio libre de todo compromiso previsible) y “margen de solvencia obligatorio” (cuantía mínima), disponen que se podrán admitir para el margen de solvencia disponible “las acciones acumulativas preferentes y los préstamos subordinados hasta el 50% del margen de solvencia, *el menor entre el disponible y el obligatorio*”⁵⁶³.

Queda claro que según dichas Directivas el límite del 50 por ciento habrá que aplicarlo sobre la menor de las dos magnitudes de margen de solvencia, y dado que, frecuentemente, la cifra del margen disponible será superior a la del obligatorio, será éste el que normalmente será tomado como referencia para aplicar el indicado límite del 50 por ciento.

k. Financiaciones de duración indeterminada, no incluidas en el apartado anterior

Se trata también de financiaciones subordinadas, en las que el acreedor también renuncia a su derecho de prelación en beneficio de los demás acreedores de la entidad, pero cuya duración no está determinada. El artº 59.1.k) del Reglamento establece al efecto que serán admisibles “*cuando cumplan los requisitos siguientes:*

1º. No serán reembolsables a iniciativa del acreedor o sin el acuerdo previo de la Dirección General de Seguros.

2º. El contrato de emisión deberá dar a la entidad de seguros la posibilidad de diferir el pago de los intereses.

3º. Existirá acuerdo vinculante por cuya virtud, a efectos de la prelación de créditos, los acreedores por este concepto se sitúen detrás de todos los acreedores comunes.

⁵⁶² Que modifican parcialmente la Directivas 79/267/CEE sobre el seguro de vida y la 73/239/CEE, sobre los seguros distintos al de vida, principalmente en lo que afecta a la regulación del margen de solvencia y el fondo de garantía.

⁵⁶³ Punto 3.a) del nuevo artº 18 de la Directiva 79/267/CEE sobre el seguro de vida y apartado 3.a) del nuevo artº 16 de la Directiva 73/239/CEE, sobre los seguros distintos al de vida.

4º. En el contrato de emisión se estipulará que la deuda y los intereses pendientes de pago podrán aplicarse a absorber las pérdidas de la entidad, sin necesidad de proceder a su disolución.

5º. Únicamente se tomarán en consideración los fondos efectivamente desembolsados.

Pero este tipo de financiaciones tampoco son admisibles sin limitación alguna ya que el precepto indicado establece que *“las financiaciones de duración indeterminada (...) más las financiaciones subordinadas [del párrafo anterior], estarán sometidas (...) a un límite conjunto del 50 por 100 del margen de solvencia”*, si bien no se dispone ningún límite específico para las financiaciones de duración indeterminada de tipo similar al del 25 por ciento aplicable a las *“financiaciones subordinadas”* de duración determinada.

Lo anterior significa que las financiaciones de duración indeterminada, cuando no concurren con otras, pueden llegar a representar el 50 por ciento del patrimonio propio no comprometido, mientras que las de duración determinada tienen el indicado límite del 25 por ciento, y ello es debido a que las primeras poseen una mayor calidad desde el punto de vista de la permanencia de la financiación en la entidad.

Plantea también el precepto el problema antes indicado en relación con la interpretación que deba darse a la referencia al *“margen de solvencia”* como base de cálculo para aplicar el límite del 50 por ciento. Nos remitimos a lo indicado al respecto al comentar la partida anterior, aunque conviene indicar que también en este caso las nuevas Directivas 2002/12 y 13/, de 5 de marzo, establecen que estas partidas se admitirán *“hasta el 50% del margen de solvencia disponible o, si es inferior, del margen de solvencia obligatorio”*⁵⁶⁴.

1. Comisiones descontadas técnicamente pendientes de amortizar

Se trata, al igual que los *“beneficios futuros”*, de una partida aplicable exclusivamente al ramo de vida, que ya fue admitida por la Primera Directiva de 1979 y por el derogado Reglamento de Ordenación de 1985.

El artº 59.1.l) del vigente Reglamento establece que serán computables a efectos del margen de solvencia *“las comisiones descontadas que técnicamente resulten pendientes de amortización con el límite por póliza del 3,5 por 100 de la diferencia entre el capital asegurado y la provisión matemática, y de las mismas se deducirá, en su caso, el importe de las comisiones descontadas activadas”*.

Como se indicó anteriormente al tratar el tema de las provisiones técnicas objeto de cobertura y de las partidas deducibles de las mismas a dichos efectos, en el seguro de vida suele ser habitual que, al suscribir las pólizas, el asegurador abone comisiones superiores a las periódicas previstas en las bases técnicas. Dicho exceso de comisiones pagadas el primer año será recuperado por el asegurador en años sucesivos al cobrar el recargo para

⁵⁶⁴ Punto 3.b) del nuevo artº 18 de la Directiva 79/267/CEE sobre el seguro de vida y apartado 3.b) del nuevo artº 16 de la Directiva 73/239/CEE, sobre los seguros distintos al de vida.

gastos de adquisición incluido en la prima comercial, recargo que ya no deberá destinarse al pago de comisiones, que ya fueron anticipadas en el primer año de duración del contrato, sino que queda en poder del asegurador precisamente para compensar el importe de las comisiones anticipadas, las cuales pueden o no hacerse constar en el activo del balance como gastos pendientes de amortización.

Como quedó indicado en su momento la provisión matemática, expresada en el pasivo del balance, representa, según el artº 32.2 del Reglamento, la diferencia entre el valor actual actuarial de las obligaciones futuras del asegurador y las del tomador, y dicha provisión se debe calcular tomando como base la prima de inventario (prima pura más el recargo para gastos de administración) y no la prima comercial o de tarifa, que incluiría también el recargo para gastos comerciales.

Pero como, por un lado, el tomador tiene la obligación futura de hacer frente al pago de la prima comercial completa, la cual incorpora el recargo para gastos de adquisición que servirá para que el asegurador pueda recuperar las comisiones pagadas por anticipado, y por otro lado dicho recargo no ha sido computado a la hora de establecer las obligaciones del tomador para el cálculo de la provisión matemática, esta se encuentra sobrevalorada en el pasivo del balance ,y por ello, a efectos de cobertura, debe ser minorada en el importe de las comisiones anticipadas que el asegurador irá recuperando con el recargo de gastos de adquisición que el tomador debe satisfacerle.

Pues bien, esta sobrevaloración de la provisión matemática en el pasivo del balance es la que justifica que la misma pueda ser tenida en cuenta a efectos de patrimonio propio no comprometido.

Conviene indicar que si las comisiones anticipadas fueran reflejadas en el activo del balance, como gastos pendientes de amortización, la sobrevaloración o plusvalía de la provisión matemática en el pasivo quedaría compensada con la aparición en el activo del importe equivalente en concepto de “gastos por comisiones anticipadas y gastos de adquisición”⁵⁶⁵.

Pero el Plan de Contabilidad del sector deja a las entidades en libertad de activar o no las comisiones descontadas⁵⁶⁶ y, por ello, cuando no se lleve a efecto la activación de las comisiones es cuando, desde el punto de vista patrimonial, se producirá una descompensación equivalente a la sobrevaloración del pasivo por la plusvalía de la provisión matemática antes citada. En tal caso procede tener en cuenta dicha sobrevaloración como partida computable del patrimonio propio no comprometido, situación que no se produciría en el caso de que la entidad haya procedido a contabilizar en su activo las comisiones anticipadas, razón por la cual el precepto establece que de la cuantía a tener en cuenta “*se deducirá, en su caso, el importe de las comisiones descontadas activadas*”.

Las comisiones descontadas o anticipadas a que el Reglamento se refiere son las que “técnicamente” resulten pendientes de amortización. Esta precisión hace referencia al hecho de que según el actual Plan Contable del sector no es posible la amortización lineal de dichas comisiones, así como tampoco su activación parcial. El Plan establece

⁵⁶⁵ Cuenta nº 273 del PCEA.

⁵⁶⁶ PCEA. Quinta Parte: Normas de valoración. Norma 4ª.2., párrafo primero, inciso primero.

que “las comisiones activadas (...) deberán amortizarse en el periodo de pago de primas, (...) con criterio financiero actuarial”⁵⁶⁷. La razón de tal exigencia se debe a que en el cálculo de la cuotas de amortización pendientes en cada momento debe tenerse en cuenta la probabilidad de que el asegurado fallezca y, en consecuencia, deje de pagar las primas que puedan quedar pendientes, por lo que no resulta procedente la aplicación, en este caso, de un sistema de amortización lineal a lo largo de toda la vida del contrato y sin tener en cuenta la posibilidad de que el asegurado viva o fallezca.

Por último hay que señalar que el Reglamento establece ciertos límites para admitir las comisiones descontadas a efectos del margen de solvencia, y así establece que esta partida tendrá “*el límite por póliza del 3,5 por 100 de la diferencia entre el capital asegurado y la provisión matemática*”, cálculo que habrá de realizarse póliza a póliza y del cual habrá que deducir, en su caso, las comisiones activadas.

C. Partidas que componen el patrimonio propio no comprometido: partidas deducibles

a. Norma general

Como anteriormente se indicó el cálculo del patrimonio propio no comprometido constituye una suma algebraica de partidas positivas, que suman, y de partidas negativas, que restan y deben de ser deducidas en función de sus caracteres específicos.

Por ello el Reglamento dispone como norma general, en su artº 59.2., que a efectos del cómputo del patrimonio propio no comprometido “*se considerarán como elementos inmateriales a deducir en el cálculo del margen de solvencia los elementos que carezcan de valor de realización o que, por su falta de permanencia, pueda fundamentalmente presumirse que no se ajustan a los fines*” de la Ley y del propio Reglamento.

Se exige, pues, que los elementos inmateriales deducibles carezcan de valor de realización o de suficiente permanencia en el patrimonio de la entidad, matización esta no contenida en el texto de las Directivas que únicamente se refieren, sin más, a los elementos “intangibles” (Directiva de no vida) o a los elementos “inmateriales” (Directiva de vida). Las directivas de 5 de marzo de 2002 utilizan ambas la calificación de “intangibles”, pero tampoco añaden nada más al concepto. La matización introducida por el Reglamento impide que tengan que deducirse otros elementos del “inmovilizado inmaterial” tales como los gastos de investigación y desarrollo, los de adquisición de cartera y el fondo de comercio.

Como se comentó con anterioridad los criterios de valoración patrimonial son distintos según estemos ante el proceso contable habitual o ante la formulación de las provisiones técnicas y del margen de solvencia. En el primer caso prima el “principio de empresa en funcionamiento” y resulta procedente incorporar al proceso contable y al activo del balance partidas representativas de gastos susceptibles de generar ingresos futuros (en caso contrario deben ser amortizados íntegramente en el ejercicio en que se producen), mientras que en el segundo se funciona bajo el “principio de empresa en liquidación”, razón por la cual deben ser eliminados del proceso de cálculo aquellos

⁵⁶⁷ PCEA. Quinta Parte: Normas de valoración. Norma 4ª.2., párrafo segundo.

elementos patrimoniales que carecen de posibilidades de realización si la empresa fuera liquidada.

b. Partidas expresamente deducibles

El indicado artº 59.2 continúa estableciendo que “*en todo caso*”, se deducirán en el cómputo del patrimonio propio no comprometido las siguientes partidas:

a’ Los gastos de establecimiento, constitución, ampliación de capital y formalización de deudas que figuren en el activo del balance.

b’ El saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias.

c’. Los resultados negativos de ejercicios anteriores.

En el caso de los gastos se trata de partidas en las que se da con claridad el requisitos antes indicado de falta de valor de realización, y en el supuesto de pérdidas, ya sean del ejercicio o de ejercicios anteriores, estamos ante partidas que directamente disminuyen el patrimonio de la entidad y que su depuración del balance habría que hacerla, normalmente, con cargo a reservas patrimoniales o, incluso, mediante reducción de capital, si no se aportan nuevos recursos por parte de los socios.

d. Las minusvalías resultantes de la sobrevaloración de los elementos de activo y de la infravaloración de elementos de pasivo, que no hayan sido imputadas a resultados. Se incluirán en esta partida las obligaciones, provisiones o deudas que puedan no haberse contabilizado en virtud de alguna disposición legal o reglamentaria”

Para que se produzcan dichas minusvalías debe existir no solo elementos de activo sobrevalorados y de pasivos infravalorados sino que, además, tales minusvalías deben de no haber sido contabilizadas e imputadas a la cuenta de resultados pues, en tal caso, o la minusvalía habrá resultado amortizada o se habrá creado la correspondiente provisión que equilibrará la situación patrimonial.

Uno de los casos en que esta situación puede tener más notoriedad es en los activos representativos de la cartera de valores mobiliarios, en las que puede presentarse una depreciación cuando su valor de mercado resulta inferior a su valor de adquisición por el que están contabilizados. En tal supuesto debe procederse a la dotación de la correspondiente provisión, salvo que la normativa permita no constituirla como es el caso de la denominada “cartera de inversión a vencimiento”, en la cual se exime de dotar la provisión por depreciación debido a que, en principio, la cartera está pensada para ser mantenida hasta la amortización de los valores que la componen, momento en el cual la entidad recibirá el valor de reembolso, sin que en el mismo hayan podido influir las oscilaciones que pudieran haberse producido en su valor de mercado.

Ahora bien, aunque tales oscilaciones de valor no tengan reflejo contable, desde el punto de vista del margen de solvencia dicha minusvalía debería ser tenida en cuenta a efectos del patrimonio propio no comprometido, con excepción, declara el Reglamento, de “*las que procedan de carteras de inversiones a vencimiento vinculadas a*

operaciones de seguros de vida”, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.2 del propio Reglamento, al cual hicimos antes referencia al comentar la partida positiva de las plusvalías y a cuyo comentario nos remitimos.

D. Aplicación de los límites de admisión de determinadas partidas cuando la entidad opere conjuntamente en el ramo de vida y en los de no vida

El artº 59.3. del Reglamento dispone que “*en el caso de entidades aseguradoras autorizadas a realizar operaciones de seguro directo distinto del seguro de vida y operaciones de seguro de vida, los límites reseñados [en las partidas sujetas a limitaciones] (...) se aplicarán separadamente para cada actividad*”.

Las partidas afectadas por límites cuantitativos sobre el patrimonio propio no comprometido son, según se indicó anteriormente la “derrama pasiva exigible”, las “acciones sin voto”, las “financiaciones subordinadas” y los “beneficios futuros en el ramo de vida”.

Como ha quedado indicado el Reglamento establece que en tal caso los límites que afectan a las partidas en cuestión “se aplicarán separadamente por cada actividad”, expresión que no deja de plantear algunos problemas interpretativos. Así, en el supuesto del capital social de las acciones sin voto y en el de las financiaciones subordinadas no parece que haya dificultad en aplicar los límites en proporción al patrimonio propio no comprometido imputado a cada tipo de actividad. En el caso de las derramas pasivas su imputación meramente proporcional ya no aparece tan clara, toda vez que las derramas serán exigibles a causa de pérdidas y parece lógico que se apliquen a la actividad que haya generado dichas pérdidas y, en caso de haberse producido las mismas en las dos actividades, parece razonable que la atribución de la derrama se efectúe en proporción a las pérdidas producidas por cada una de ellas. En el caso de los beneficios futuros del ramo de vida parece lógico imputar la totalidad de los mismos al patrimonio propio del margen de solvencia de dicha actividad.

1.4.2. Grupos consolidables de entidades aseguradoras

A. Partidas que componen el patrimonio propio no comprometido: partidas positivas (artº 60 del Reglamento):

La exigibilidad del margen de solvencia a los grupos consolidables de entidades aseguradoras viene establecida por el artº 17.3 de la Ley de Ordenación, el cual también dispone que reglamentariamente se establecerán la cuantía del margen de solvencia para los grupos consolidables, así como los elementos que lo podrán componer, y sus requisitos y límites. El tema de la exigibilidad del margen de solvencia a los grupos consolidables ya ha sido tratado con anterioridad, por lo que nos remitimos a lo expuesto en su momento.

Respecto a la composición del patrimonio propio no comprometido, el artº 60.1 del Reglamento establece que a efectos de lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Ley, este patrimonio “*comprenderá las siguientes partidas*”:

a. El capital social desembolsado o el fondo mutuo de la sociedad dominante.

El artº 60.1.a) del reglamento dispone al respecto que “*el capital social desembolsado o el fondo mutual de la sociedad dominante, con las mismas deducciones, en cuanto al capital social, establecidas en el artículo 59 [entidades individuales] cuando las circunstancias allí indicadas y relativas a socios no incluidos en el grupo concurren en relación con cualesquiera de las sociedades del grupo consolidable.*”

En principio, se aplicarán los criterios establecidos por el Reglamento para el caso de las entidades individualmente consideradas.

El precepto, en primer lugar, incluye el capital o fondo mutual de la sociedad “dominante”, sin hacer referencia a los de las sociedades dependientes debido a que los de éstas quedarán anulados durante el proceso de consolidación al aplicar el procedimiento de eliminación inversión-fondos propios.

La indicación a que en el capital social se aplicarán “las mismas deducciones” citadas en el artº 59 para las entidades individuales, debe conectarse, en principio, con las deducciones practicadas por las “acciones sin voto”, las “financiaciones a los socios” y la parte del “capital afectado a operaciones de fondos de pensiones”.

No obstante conviene resaltar que respecto al capital social de la “acciones sin voto”, con arreglo al tenor literal del precepto, dicho capital es inicialmente deducible de esta partida. Pero como el Reglamento no contempla un tratamiento separado para las acciones sin voto en el caso de los grupos consolidables, tratamiento que sí se da en el caso del margen de solvencia individual, cabe pensar que el capital social de las acciones sin voto puede tener el mismo tratamiento que el resto del capital social⁵⁶⁸.

b. La mitad de la parte de capital social suscrito pendiente de desembolso de la sociedad dominante.

Es el mismo concepto que en el caso de las entidades individuales, si bien aquí el Reglamento no menciona deducción alguna en concepto del capital correspondiente a acciones sin voto.

El que se trate solo del capital de la sociedad dominante tiene el mismo sentido que en el caso anterior, ya que durante el proceso de consolidación se irán eliminando los desembolsos pendientes de la entidades dependientes y solo quedarán los que correspondan a la entidad dominante.

c. Las reservas patrimoniales del grupo consolidable.

Son las reservas a las que se refiere el pasivo del balance consolidado formulado por el Plan de Contabilidad sectorial: “prima de emisión”, “reservas de revalorización” y “reservas”, incluyéndose en estas últimas las “reservas en sociedades consolidadas” a las que haremos referencia a continuación.

d. El saldo acreedor de las reservas en sociedades consolidadas.

⁵⁶⁸ Vid. al respecto MAESTRO, José Luis. “*Garantías técnico-financieras ...*”. Op. cit. p. 402.

Se trata de computar la parte de reservas de las sociedades dependientes que correspondan a la entidad dominante en proporción al grado de participación de esta última.

El segundo párrafo del artº 60.3 del Reglamento aclara el concepto de “reservas en sociedades consolidadas” al establecer que se entenderán por tales *“la participación de la sociedad dominante en las reservas generadas por las dependientes desde la fecha de la primera consolidación incluidas aquellas que no hayan pasado por sus cuentas de resultados”*.

e. El saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada

El artº 60.1.e) del Reglamento admite a efectos el margen de solvencia *“el saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada con el límite de la parte destinada a incrementar en cada sociedad del grupo consolidable sus recursos propios”*.

Rige aquí el mismo criterio que para las entidades individualmente consideradas, al admitir únicamente la parte del saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada destinado a incrementar los recursos propios de las distintas entidades que componen el grupo. A estos efectos conviene indicar que la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada quedará integrada por las cuentas de pérdidas y ganancias de cada una de las entidades que integran el grupo, previa compensación de aquellos conceptos de gastos e ingresos que puedan resultar recíprocos, como por ejemplo en el caso de las operaciones de reaseguro en las que las primas cedidas serán gasto para la cedente e ingreso para la aceptante.

f. Las diferencias negativas de consolidación, salvo cuando tengan la naturaleza de provisiones para riesgos y gastos.

El artº 60.3, párrafo primero, establece que se entenderá por diferencia negativa de consolidación *“la existente entre el valor contable de la participación de la sociedad dominante en el capital de la sociedad dependiente y el valor proporcional de los fondos propios de ésta atribuible a dicha participación en la fecha de adquisición de la misma”*.

Las diferencias negativas de consolidación surgen cuando por una participación en una sociedad se ha pagado un precio inferior a su valor contable. En tal caso la diferencia constituye una plusvalía que debe ser computable como patrimonio propio no comprometido, salvo que dichas diferencias, como establece el artº 60.1.f) del Reglamento, *“tengan la naturaleza de provisiones para riesgos y gastos”*, las cuales, en general, tienen por objeto cubrir gastos originados en el mismo ejercicio o en otro anterior, pérdidas o deudas que estén claramente especificadas en cuanto a su naturaleza, pero que, en la fecha de cierre del ejercicio, tengan un componente de incertidumbre o indeterminación en cuanto a su importe exacto o en cuanto a la fecha en que se producirán. En tal supuesto la diferencia en el precio abonado estaría justificada económicamente y compensada contablemente y no procedería admitir dicha partida para margen de solvencia ya que no supondría plusvalía alguna..

g. Los intereses minoritarios

El artº 60.1.g) del Reglamento establece al efecto que “*los intereses minoritarios, con el límite, en lo que se refiere a la participación en los resultados de las sociedades dependientes, de la parte destinada a incrementar los recursos propios del grupo. La parte correspondiente a capital pendiente de desembolso se computará solamente por el 50 por 100*”.

Se denominan intereses minoritarios a los que corresponden a accionistas, también minoritarios, en aquellas sociedades del grupo en las que la sociedad dominante ostenta la mayoría del capital.

Al consolidar las cuentas las sociedades dependientes se integran plenamente en el proceso de consolidación pero éste, al final, deberá reflejar en sus estados contables consolidados los intereses económicos de dichos accionistas minoritarios, los cuales podrán ostentar lo que podríamos denominar una posición acreedora por su participación proporcional en el patrimonio de su entidad (capital, reservas y resultados) o bien deudora por la parte del capital social pendiente de desembolso que pudiera corresponderles.

Pues bien, el concepto de “intereses minoritarios” refleja la participación de los accionista minoritarios en el patrimonio de su entidad, y por lo que se refiere a la admisión de su parte en los resultados de ésta como partida apta a efectos de margen de solvencia, se exige, al igual que ocurre con el saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, que sean tomados en cuenta únicamente la parte de dichos resultados que hayan incrementado los recursos propios del grupo. Por otro lado, en lo que afecta a la parte de capital pendiente de desembolso a cargo de dichos accionistas minoritarios también se aplica el criterio general de no admitir más que el 50 por ciento del total.

h. La derrama pasiva

Este supuesto está circunscrito al supuesto de que la entidad dominante sea una sociedad de forma mutua, ya que no cabe la posibilidad de que una mutua ostente la posición de entidad dependiente dado que su fondo mutual no está dividido en partes alícuotas que puedan resultar transmisibles.

Por ello el artº 60.1.h) del Reglamento reconoce que podrá ser computable como patrimonio propio no comprometido “*la derrama pasiva, desde el momento en que sea exigible a los mutualistas de la entidad dominante*”, en los mismos términos para las entidades individualmente consideradas.

i. El 50 por 100 de la suma de los beneficios futuros del ramo de vida

Respecto a esta partida el artº 60.1.i) del reglamento dispone que se admitirá para margen de solvencia “*el 50 por 100 de la suma de los beneficios futuros del ramo de vida de la sociedad dominante y de las dependientes*”, que habrán de ser calculados respetando las prescripciones y los límites establecidos para las entidades individuales en el artº 59 del propio Reglamento.

Con esto se integra en el margen de solvencia la suma de los beneficios futuros del ramo de vida de todas las sociedades que componen el grupo consolidable, aplicando los mismos requisitos establecidos para las entidades individualmente consideradas: límite del 50 por ciento de los beneficios futuros, media de resultados de la cuenta técnica de los últimos cinco años y duración media residual de los contratos no superior a 10 años o, alternativamente de 5 años si la entidad no puede justificar una duración media residual propia, y límite del 50 por ciento del patrimonio propio no comprometido como cuantía máxima representable en esta partida. Resulta indiferente en este caso la existencia o no de socios minoritarios ya que su participación proporcional en los beneficios futuro se integra conjuntamente con la de los demás socios por constituir, en su totalidad, garantía de solvencia frente a terceros.

j. Las financiaciones subordinadas y las de duración indeterminada

El artº 60.1.j) del Reglamento precisa que son también computables para margen de solvencia de los grupos consolidables “*las financiaciones subordinadas y las de duración indeterminada recibidas por las sociedades integrantes del grupo consolidable, en la medida en que no deban ser objeto de eliminación, en las condiciones y con los límites establecidos (...) para el cálculo del patrimonio propio individual, referidas unas y otros al grupo consolidable de entidades aseguradoras*”.

Se aplicarán, en consecuencia las condiciones establecidas y los límites prescritos para las financiaciones subordinadas y para las de duración indeterminada por el artº 59.1.j) y k): límites del 25 por ciento del margen de solvencia para las financiaciones subordinadas y del 50 por ciento para las de duración indeterminada (conjuntamente con las subordinadas, si existieran), así como las condiciones que deben reunir cada uno de los tipos de dichas financiaciones, y todo puesto en relación siempre con el grupo consolidable en su conjunto.

Establece el precepto también que las partidas indicadas serán computables en la medida en que sean objeto de eliminación, lo cual debe entenderse en relación con el proceso de consolidación mediante el cual se compensan las posiciones acreedoras y deudoras recíprocas.

k. Las plusvalías de elementos de activo o de elementos de pasivo

Establece el Reglamento, en su artº 60.1.k), que se podrán computar “*las plusvalías resultantes de la infravaloración de elementos de activo o de la sobrevaloración de elementos de pasivo, teniendo en cuenta los valores contables de dichos elementos en el balance consolidado y en las condiciones referidas al patrimonio propio individual no comprometido*”.

También en este caso es aplicable el criterio anteriormente comentado para establecer el cómputo de estas partidas en el cálculo del margen de solvencia individual.

No obstante el Reglamento precisa que dichas plusvalías se tomarán en consideración teniendo en cuenta los respectivos valores contables en el balance consolidado, que no tienen por qué coincidir con los valores que consten en los balances individuales.

l. Las comisiones descontadas que técnicamente resulten pendientes de amortización de la sociedad dominante y de las dependientes

Reconoce también el Reglamento, en su artº 60.1.l), la computabilidad de “*las comisiones descontadas que técnicamente resulten pendientes de amortización de la sociedad dominante y de las dependientes, de acuerdo con los límites y deducciones*” que al efecto se establecen en el caso del margen de solvencia individual en el artº 59 del propio Reglamento. Nos remitimos en este tema a la comentado con anterioridad.

m. Partidas admitidas por las legislaciones de los países en que estén domiciliadas las entidades que pertenezcan al grupo

Dado que el tratamiento dado a las partidas computables a efectos de margen de solvencia no es absolutamente homogéneo entre los países que componen el Espacio Económico Europeo, y todavía menos con la normativa de terceros países, el Reglamento permite que, en el caso de entidades del grupo no domiciliadas en España, puedan resultar computables aquellas partidas que no estén comprendidas en la relación hasta aquí expuesta, pero sí resulten admitidas por la normativa de los países en que radique la sede social de las entidades pertenecientes al grupo.

Por ello el artº 60.1.m) del Reglamento dispone que “*se computarán todas aquellas partidas que, sin incluirse en las letras anteriores, sean admitidas por la legislación de los países pertenecientes al espacio económico europeo donde estén domiciliadas entidades pertenecientes al grupo consolidable siempre que fueran computables a nivel individual. En el caso de terceros países, será necesario para su cómputo autorización previa del Ministro de Economía y Hacienda.*”

Conviene resaltar que cuando se trata de entidades domiciliadas en el Espacio Económico Europeo la admisión de las partidas en cuestión opera de manera automática, en el caso de entidades domiciliadas en terceros países se requiere la previa autorización de la Dirección General de seguros.

No obstante, el último párrafo del citado artículo 60, incorporado por el R.D. 996/2000, de 2 de junio, establece que “*los beneficios futuros del ramo de vida de las sociedades dependientes sólo podrán incluirse en el cálculo con el límite de la cuantía por la que sean computables en el margen de solvencia individual de tales sociedades*”.

Dicho nuevo texto ha sido incluido al final del precepto, después del apartado m) relativo a la posible validez de partidas admitidas por las legislaciones de otros países, y no después del apartado i) referente a los beneficios futuros del ramo de vida, de lo cual se deduce que su aplicación estará referida a las entidades no españolas que formen parte de un grupo consolidable como sociedades dependientes, en cuyo caso, a los beneficios futuros del ramo de vida no se les aplicará la norma general antes comentada sino que se limita su admisión a la cuantía en que dichos beneficios sean computables en el margen de solvencia individual de tales sociedades.

Añade dicho precepto otra cautela cuando establece que “*además, la suma de los citados beneficios futuros y de cualquier otro elemento que, a juicio de la Dirección General de Seguros, pudiera no estar disponible de modo efectivo para cumplir el*

requisito de margen de solvencia de la entidad dominante, no podrá computarse por una cuantía superior a aquélla por la que sea computable en el margen de solvencia que corresponda a la entidad dependiente”.

B. Partidas que componen el patrimonio propio no comprometido: partidas negativas:

De acuerdo con lo prevenido por el artº 60.2 del Reglamento las partidas que deben deducirse para el cálculo del patrimonio propio no comprometido del grupo consolidable de entidades aseguradoras son las siguientes:

a. Los gastos de establecimiento, constitución, ampliación de capital y formalización de deudas que figuren en el activo del balance consolidado.

Esta partida es de significación idéntica a su equivalente en el caso del margen de solvencia individual.

b. El saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, así como los resultados negativos del grupo consolidable.

Tampoco en este caso se plantean cuestiones distintas al supuesto de margen individual, si bien se ha hecho notar⁵⁶⁹ la posible errata en el texto del precepto que cuando se refiere a “*los resultados negativos del grupo*” le falta la indicación de que han de ser los resultados “de ejercicios anteriores” pues, en otro caso, no existiría diferencia entre dichos “resultados negativos” y el propio “saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias” al que también se refiere el precepto.

c. Las minusvalías de activo y pasivo

Así mismo serán deducibles “*las minusvalías resultantes de la sobrevaloración de los elementos de activo computables para margen de solvencia o de la infravaloración de elementos de pasivo con arreglo a lo dispuesto para el patrimonio individual no comprometido. Se incluirán en esta partida las obligaciones, provisiones o deudas que puedan no haberse contabilizado en virtud de alguna disposición legal o reglamentaria*”.

También aquí nos remitimos a la comentado al tratar su equivalente en el margen de solvencia individual.

d. El saldo deudor de la cuenta de reservas en sociedades consolidadas.

La cuenta de “reservas en sociedades consolidadas” es una cuenta, exclusiva del balance consolidado, que representa la parte que le corresponde a la entidad dominante en las reservas de sus entidades dependientes desde la primera consolidación, y como tal se refleja en el pasivo del balance consolidado, de acuerdo con lo establecido en las “normas sobre formulación de las cuentas de los grupos consolidables de entidades aseguradoras” contenidas en el Plan de Contabilidad del Sector.

⁵⁶⁹ MAESTRO, José Luis. “*Garantías técnico-financieras ...*”. Op. cit. p. 412.

Lo normal será que esta cuenta presente saldo positivo acreedor, pero puede haber situaciones en que no sea así y, en tal caso, debe ser deducida del patrimonio propio. Tal situación se puede producir cuando existen en la sociedades dependientes pérdidas procedentes de ejercicios anteriores que en el proceso de consolidación deben ser incorporadas a la cuenta de “reservas en sociedades consolidadas” la cual puede presentar saldo deudor por esta causa.

e. En general, cualesquiera otras partidas que carezcan de valor de realización o que por su falta de permanencia pueda fundamentalmente presumirse que no se ajustan a los fines de la Ley y del presente Reglamento.

Se trata del mismo concepto de cautela que el primer párrafo del artº 59.2 del Reglamento establece con carácter general para el margen de solvencia individual.

C. Posición dominante de una entidad aseguradora en un grupo mixto no consolidable

Puede ocurrir que el grupo de sociedades al que pertenezca una entidad de seguros o un grupo consolidable de entidades aseguradoras tenga la naturaleza de grupo mixto que no puede ser consolidable dada la distinta naturaleza financiera de las entidades o grupos que lo componen.

La Ley 13/1992, de 1 de junio, sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, establece en su artº 11 que se entenderá por “grupos mixtos no consolidables de entidades financieras” aquellos que “*estén integrados por entidades financieras que constituyan una unidad de decisión y de los que formen parte, ya sea como dominantes, ya como dominadas, entidades de seguros o grupos consolidables de entidades aseguradoras, u otras entidades o grupos financieros que, en virtud de la normativa especial que les sea de aplicación, no deban consolidar sus estados contables con los del resto del grupo mixto. A estos efectos, para determinar si varias entidades constituyen una unidad de decisión se atenderá a los criterios previstos en el artículo 4º de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores*”.

Dicha Ley requiere, así mismo, en su artº 12.1.apartado primero, que “*el importe efectivo de los recursos propios del grupo mixto no consolidable , una vez efectuadas las deducciones correspondientes a participaciones accionariales cruzadas u otras operaciones similares que se den en su seno, no resulte inferior a la suma de los requerimientos de recursos propios y margen de solvencia exigibles (...) a cada clase de entidades financieras o grupos integrados en el grupo mixto no consolidable.*” También dicha Ley en su artº 12.2 establece que la vigilancia de tales grupos mixtos “*corresponderá al organismo supervisor de la entidad o grupo consolidable que ostente la posición dominante*”.

Por todo ello es por lo que, cuando una entidad aseguradora ostente la posición dominante en un grupo mixto no consolidable, el Reglamento de Ordenación dispone en su artº 60.4 que dicha entidad “*deberá presentar a la Dirección General de Seguros la información precisa sobre el cumplimiento de las exigencias de recursos propios efectivos que determine la normativa reguladora de los mencionados grupos mixtos.*”, y que “*si la referida entidad aseguradora fuera a su vez dominante de un subgrupo*

consolidable de entidades aseguradoras, se tendrán en cuenta, a estos efectos, las participaciones de todas las entidades que formen el mencionado subgrupo en el citado grupo mixto no consolidable.”.

2. EL FONDO DE GARANTÍA

2.1. Introducción y causas de su establecimiento

El correcto funcionamiento de la actividad aseguradora está basado en la verificación de la Ley de los Grandes Números, la cual se pondrá de manifiesto cuando se hayan alcanzado un número determinado de operaciones que garantice el cumplimiento de las hipótesis de frecuencia e intensidad medias de los siniestros y, en consecuencia, la de la siniestralidad, alcanzando así el equilibrio financiero entre ingresos y gastos, o lo que es lo mismo consiguiendo que las primas recaudadas sean suficientes para hacer frente a la siniestralidad. Hasta tanto no se haya alcanzado el indicado número de operaciones la referida ley estadística no se cumplirá y aumentará la posibilidad de desviaciones en la siniestralidad inicialmente prevista en las bases técnicas.

El margen de solvencia, según quedó expuesto en su momento, resulta exigible en función del volumen de operaciones de la entidad. Ello implica, como es lógico, que a mayor número de operaciones mayor cuantía del margen de solvencia y de los recursos propios exigibles, y que a menor número de operaciones menores serán también las cifras requeridas de estos últimos. Pero tal proceder pondría en peligro la solvencia de la entidad y su capacidad para hacer frente a sus compromisos si ese sistema se aplicara, sin corrección alguna, incluso cuando la cifra de operaciones de la entidad no alcanzara los mínimos estadísticos a los que antes hicimos referencia.

Por ello es por lo que se establece el Fondo de Garantía, como sistema que impide que la cifra de recursos propios descienda por debajo de determinados límites o exige, como veremos, que parte del margen de solvencia esté garantizado por un conjunto de partidas que gozan de la mayor calidad patrimonial.

El fondo de garantía tiene una primera finalidad que es la de garantizar un mínimo de recursos patrimoniales desde que la entidad comienza a operar. Para ello, como veremos, se exigen unos mínimos absolutos de fondo de garantía, con independencia del volumen de operaciones, aunque tales mínimos, en el caso de la legislación española, son claramente inferiores a las cifras mínimas de capital exigidas por la Ley lo cual conduce a que, de hecho, los mínimos absolutos del fondo de garantía no sean operativos. Las Directivas solo tienen en cuenta el binomio fondo de garantía - margen de solvencia y expresamente no exigen cifras mínimas de capital social, mientras que la normativa española sí las exige, tema este que, en su día fue de los más conflictivos y criticados.⁵⁷⁰

Otra finalidad del fondo de garantía es la de impedir que durante la actividad el margen de solvencia no descienda por debajo de determinados límites, razón por la cual se exige, como veremos, que una parte del margen de solvencia mínimo esté constituida

⁵⁷⁰ BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “*Ley del Seguro Privado*”. pp. 100 a 103. Edit. Revista de Derecho de los Seguros Privados. Madrid 1996.

por el fondo de garantía, con lo cual a medida que se incremente el volumen de operaciones y, consecuentemente el margen de solvencia, también se verá incrementado el fondo de garantía..

2.2. Regla general

La norma general viene establecida por el artº 18.1 de la Ley de Ordenación cuando dispone que *“la tercera parte de la cuantía mínima del margen de solvencia constituye el fondo de garantía”*.

Para comenzar, conviene indicar que la base de cálculo sobre la que se establece el fondo de garantía viene establecida por la cuantía mínima del mismo legalmente exigible y no por la real y superior, en su caso, que pudiera tener la entidad.

Pero también debe contemplarse en este caso la influencia de la cifra mínima del capital social y fondo mutual en relación con la cuantía del fondo de garantía constituido por la tercera parte del margen de solvencia, magnitudes ambas, margen y fondo, que irán incrementándose a medida que lo haga el volumen de operaciones. En este supuesto, solo cuando el fondo de garantía (tercera parte del margen de solvencia mínimo) supere la suma del capital social desembolsado y del 50 por ciento del pendiente de desembolso, o del fondo mutual, en su caso, primeras de las partidas aptas para cubrir el fondo de garantía, puede decirse que éste comienza a adquirir vida propia ya que hasta entonces tales partidas de capital cumplirán con su función de garantía e incorporarán en sí mismas la cifra del fondo de garantía e, incluso, podrá ocurrir que entren en funcionamiento las previsiones legales establecidas para el caso de que existan pérdidas que superen el 25 por ciento (medidas cautelares) o el 50 por ciento (causa de disolución).

2.3. Cuantía mínima

2.3.1. Mínimo absoluto general

El artº 18.1 de la Ley de Ordenación dispone que el fondo de garantía, no obstante la regla general de que el mismo está constituido or la tercera parte del margen de solvencia, no podrá ser inferior a las siguientes cuantías, en función de los ramos en los que la entidad opere:

- 800.000 euros: ramo de vida o exclusivamente reaseguro,
- 400.000 euros: caución, crédito y cualquiera de los ramos que cubran el riesgo de responsabilidad civil,
- 200.000 euros: otros daños en los bienes, defensa jurídica y decesos, y
- 300.000 euros: restantes ramos.

2.3.2. Casos especiales

A. Entidades que operen en el ramo de crédito

En este caso el párrafo segundo del citado precepto establece que el fondo de garantía será 1.400.000 euros cuando el volumen anual de primas o cuotas emitidas en

el ramo de crédito para cada uno de los tres últimos ejercicios supere la cifra de 2.500.000 euros o el 4 por ciento del importe global de las primas o cuotas emitidas por dicha entidad,

B. Mutuas con régimen de derrama pasiva y cooperativas

El artº 18.2 de la Ley de Ordenación establece que “*para las mutuas con régimen de derrama pasiva y las cooperativas, el fondo de garantía mínimo será de tres cuartas partes del exigido para las restantes entidades de su clase*”.

La referencia de la Ley, al no establecer distinciones, hay que entenderla hecha a todas las mutuas y cooperativas, ya sean a prima fija o a prima variable.⁵⁷¹

No obstante el trato especial dispensado por la Ley a las mutuas, la Ley dispone además que las mutuas acogidas al régimen de derrama pasiva estarán exentas de cumplir el fondo de garantía mínimo “*cuando su recaudación anual de primas o cuotas no exceda de cincuenta millones de pesetas para las entidades que operen en el ramo de vida o en los de responsabilidad civil, crédito o caución y de ciento veinticinco millones de pesetas para las que operen en los demás ramos*”.

Conviene precisar que el primero de los supuestos solo será de aplicación a las mutuas a prima fija ya que las mutuas a prima variable no pueden operar en los ramos de vida, responsabilidad civil (salvo como riesgo accesorio), crédito y caución.

2.4. Partidas aptas para su cobertura

El reglamento de Ordenación establece en su artículo 63 las partidas aptas para integrar el fondo de garantía. Al igual que en el caso del margen de solvencia se trata de partidas que forman parte de los fondos propios pero dada la especial finalidad del fondo de garantía antes mencionada no todas las partidas aptas para el margen de solvencia lo son también para cubrir la totalidad del fondo de garantía sino que, como veremos a continuación, parte de dicho fondo (el 50 por ciento) solo puede estar cubierto por algunas de las partidas aptas para margen de solvencia, precisamente aquellas que forman parte del patrimonio neto contable de la entidad y como tales constan en el balance y deben tener su correspondencia en los bienes de activo.

Por ello el indicado precepto reglamentario establece que “*el 50 por 100 del fondo de garantía y, en todo caso, su importe mínimo, deberá estar constituido por los elementos señalados en los párrafos a) a f), j) y k)*” del artº 59.1 del propio Reglamento que regula los elementos que pueden componer el patrimonio propio no comprometido.

Conforme a lo anterior, las partidas admitidas para fondo de garantía son las siguientes, siguiendo el orden y los literales del citado artº 59:

⁵⁷¹ Vid. al respecto TIRADO SUAREZ, Francisco Javier. “*Ley Ordenadora del Seguro Privado*”, pp. 153 y 154. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla. 1984. Sus comentarios sobre la regulación de esta materia en la derogada Ley de Ordenación del Seguro Privado de 1984 siguen siendo válidos dada la práctica coincidencia de ésta con lo previsto al efecto por la Ley de Ordenación vigente.

- Partidas positivas

- a) Capital social desembolsado o el fondo mutua.
- b) Capital social pendiente de desembolso (cincuenta por ciento).
- c) Reservas patrimoniales.
- d) Remanente y aportaciones no reintegrables de los socios.
- e) Saldo acreedor de la cuenta de pérdidas y ganancias
- f) Fondo permanente de la Casa Central (sucursales extranjeras).
- j) Capital social de las acciones sin voto y financiaciones subordinadas.
- k) Financiaciones de duración indeterminada.

Sobre tales elementos nos remitimos a lo tratado al comentar los mismos con objeto del margen de solvencia, si bien conviene precisar que las partidas indicadas solo son exigibles para cubrir el 50 por ciento del fondo de garantía o su cuantía mínima, si esta fuese superior a aquel, pero que el exceso que pudiera existir puede ser cubierto por cualquiera de los elementos válidos para margen de solvencia, sin restricciones de ningún tipo.

Aunque el Reglamento guarda silencio al respecto parece lógico estimar que de la suma resultante de elementos patrimoniales deberán ser deducidos aquellos que también lo son en el caso del margen de solvencia ya que, de hecho, reducen el patrimonio propio de la entidad:

- a) Gastos de constitución, establecimiento, ampliación de capital y formalización de deudas
- b) Saldo deudor de la cuenta de pérdidas y ganancias.
- c) Resultados negativos de ejercicios anteriores.
- d) Minusvalías de activo y pasivo.

Para finalizar este apartado conviene resaltar que dada la limitación de los elementos aptos para cubrir el 50 por ciento del fondo de garantía o, en su caso, su cuantía mínima, puede darse a situación de que el margen de solvencia esté cubierto pero no así el fondo de garantía, toda vez que algunas de las partidas válidas para el primero no lo son para el segundo.

3. LIMITACIÓN DE DISTRIBUCIÓN DE EXCEDENTES Y DE ACTIVIDADES

Bajo esta rúbrica trataremos de otras garantías de tipo financiero. Unas que podemos considerar como directas, cuales son las prohibiciones de distribuir dividendos o derramas, bien durante los tres primeros ejercicios sociales completos (y el inicial si no lo fuere), bien cuando exista descobertura en las provisiones técnicas o insuficiencia en el margen de solvencia o el fondo de garantía; otras que podrían calificarse de garantías financieras indirectas tales como las que incorporan limitación de actividades, toda vez que estas últimas pretenden que la entidad no asuma más responsabilidades ni compromisos que pueden poner en mayor peligro su solvencia frente a sus asegurados.

3.1. Prohibición de distribuir excedentes al iniciar las actividades y por insuficiencia en la cobertura de provisiones técnicas, en el margen de solvencia o en el fondo de garantía

El artº 19.1 de la Ley de Ordenación establece al efecto que *“los beneficios o excedentes que se produzcan en los tres primeros ejercicios completos de actividad y también en el ejercicio inicial, si éste no fuera completo, no podrán ser repartidos y deberán aplicarse íntegramente a la dotación de la reserva legal en las sociedades anónimas, de una reserva con idéntico régimen en las mutuas y a la incorporación obligatoria al capital social en las cooperativas”*.

Por su parte el artº 26.2 del Reglamento dispone al efecto que *“durante los tres primeros ejercicios completos de actividad, las sociedades anónimas, las mutuas y cooperativas no podrán repartir dividendos, efectuar extornos o distribuir retornos. Los beneficios o excedentes que se produzcan dentro de dicho período deberán aplicarse íntegramente a la dotación de la reserva legal en las sociedades anónimas a una reserva con idéntico régimen en las sociedades mutuas y en las cooperativas los retornos se incorporarán obligatoriamente al capital social”*.

El Reglamento reproduce prácticamente el régimen de la Ley, si bien contiene algunas diferencias. Así, al hacer referencia a los tres primeros ejercicios no realiza ninguna mención al posible primer ejercicio incompleto, aunque ello no puede plantear problema alguno interpretativo dada la claridad de la Ley. También concreta el Reglamento las formas en que se pueden distribuir los beneficios, según el tipo de entidad: dividendos en las anónimas, extornos en las mutuas y retornos en las cooperativas.

Por lo que se refiere a la mención a la reserva legal de la Ley de Sociedades Anónimas, se trata de la reserva que con esa denominación regula el artº 214.1 de dicha Ley, el cual establece que *“en todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social.”*

La prohibición de distribuir beneficios también se hace extensiva a los supuestos en que se produzca una insuficiencia en el cumplimiento de las garantías financieras (provisiones, margen y fondo de garantía) y, a tales efectos, el artº 19.2 de la Ley de Ordenación dispone que *“las entidades aseguradoras que no tengan totalmente cubiertas sus provisiones técnicas o cuyo margen de solvencia o fondo de garantía no alcance el mínimo legal no podrán distribuir dividendos o derramas”*, prohibición lógica que tiene como finalidad garantizar que los recursos disponibles queden orientados a la satisfacción de las deudas sociales, evitando su salida del patrimonio social mediante la distribución de excedentes o beneficios.

3.2. Limitación de actividades

El citado artº 19.2 de la Ley establece que en los supuestos citados de carencia de garantías financieras las entidades tampoco podrán:

- *ampliar su actividad a otros ramos de seguro,*
- *ampliar su ámbito territorial,*
- *extender su actividad en régimen de derecho de establecimiento ni de libertad de prestación de servicios, ni*
- *ampliar su red comercial.*

La insuficiencia de cobertura en las provisiones técnicas y en el margen de solvencia o el fondo de garantía, pueden estar indicando la existencia de problemas de naturaleza gerencial, técnico-actuarial, financieros, organizativos, etc., que hacen aconsejable suspender el crecimiento de la entidad para evitar que el mismo, con la consiguiente asunción de nuevas responsabilidades en una situación de déficit financiero, solo sirva para empeorar la situación.

Por su parte el Reglamento, al desarrollar esta materia en su artº 26, establece que cuando se den las circunstancias comentadas, las entidades *“no podrán ampliar su ámbito territorial, ni abrir nuevas sucursales o ampliar su red comercial mediante nuevos contratos con agentes de seguros; tampoco podrán ampliar sus actividades a otros ramos o modalidades de seguro.”*

El texto reglamentario contiene algunas novedades que conviene comentar. Por un lado, pensamos que perfila el contenido a la prohibición legal de “ampliar la red comercial” al prohibir tanto la apertura de nuevas sucursales, que conforman la red comercial de distribución directa como la realización de “nuevos contratos con agentes de seguros”, lo que afectaría a la red agencial de distribución. Dicha interpretación tiene sentido toda vez que la distribución del seguro puede hacerse, en síntesis, mediante red comercial directa (con sucursales y oficinas propias), mediante red comercial agencial (con agentes a comisión) o mediante redes comerciales mixtas (que pueden incluir las dos anteriores e, incluso, la admisión de negocio procedente de corredores de seguros u otras fórmulas alternativas). Carecería de sentido, pues, limitar la prohibición a los nuevos contratos de agencia y dejar abierta la posibilidad de un incremento de sucursales que pueden llevar a un excesivo incremento de los gastos de gestión interna y a un empeoramiento económico de la entidad y, consecuentemente, de su solvencia.

La prohibición de realizar “nuevos contratos con agentes de seguros”, dado que lo “nuevo” son los contratos y no los agentes, puede ser interpretada como que la entidad no podrá formalizar contratos de agencia con nuevos agentes ni concertar nuevos contratos con la red agencial ya constituida. Esto último puede estar justificado si con ello se evita que mediante un incremento incontrolado de las comisiones se pretenda aumentar la cartera de pólizas perjudicando aún más la situación financiera de la entidad, pero si se interpreta con rigidez puede llevar a la situación contraria en que la entidad no pueda negociar con sus agentes una disminución de las comisiones lo cual podría reducir, junto con otra serie de medidas, las cargas económicas de la entidad.

En lo que atañe a la prohibición de ampliar actividades a otras “modalidades”, extendiendo así el concepto de la Ley, que solo se refiere a nuevos “ramos”, dicha prohibición entraña, lógicamente, la imposibilidad de poner en funcionamiento nuevas modalidades de seguro en ramos ya autorizados y, a primera vista, puede ser considerada como una extralimitación de la norma reglamentaria. Pero, a estos efectos, hay que tener en cuenta que la finalidad de la Ley al imponer las referidas prohibiciones es la de mantener el “statu quo” de la entidad impidiendo así que, ante una situación de descubierta de sus provisiones técnicas o de insuficiencia del margen de solvencia o del fondo de garantía, aquella pueda continuar aumentando sus responsabilidades asumiendo nuevos riesgos cuando, en principio, carece de solvencia suficiente para garantizar los que ya tiene incorporados en su cartera de pólizas. Por ello parece lógico pensar que el texto reglamentario comentado es conforme con las previsiones de la

Disposición Final Segunda de la Ley, la cual al regular la potestad reglamentaria dispone que el desarrollo de la Ley por vía de Reglamento se efectuará tanto en aquellas materias señaladas expresamente por la misma, como en aquellas otras en “que sea preciso para su correcta ejecución”, la cual quedaría sin garantizar si no se admitiera el desarrollo reglamentario efectuado.

Para finalizar, y como ha sido resaltado por un sector de la doctrina, mientras que las tres primeras prohibiciones de las señaladas por la Ley serán fácilmente verificables por el Órgano de Supervisión, (pues él es el que debe proceder a otorgar, en su caso, las correspondientes autorizaciones, según establece la Ley de Ordenación), en el caso de la ampliación de la red comercial, es más difícil que la Administración pueda controlar, por ejemplo, la formalización de nuevos contratos de agencia. Además, en el caso de que dichos contratos se llevaran a efecto cabría pensar si tanto los propios contratos de agencia como las posibles pólizas concertadas están o no afectados de nulidad, al haber sido concertados bajo el efecto de una prohibición legal. La respuesta correcta parece ser la negativa en ambos casos. En el de las pólizas contratadas porque no cabe la interpretación analógica en relación con el supuesto previsto en el artº 5.2 de la Ley de Ordenación por transgredir los límites de la autorización, y ello por tratarse de una interpretación analógica con efectos punitivos. En el supuesto de los contratos de agencia, la ampliación de la red comercial bajo esta situación se situaría bajo el supuesto infractor de “realización de actos u operaciones prohibidos por normas de ordenación y supervisión con rango de Ley”, que será calificable como infracción grave o muy grave en función de que tengan o no carácter ocasional o aislado⁵⁷².

⁵⁷² BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “Ley del...”. p. 134.

CAPÍTULO VI

EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA (III)

GARANTÍAS NO FINANCIERAS Y MEDIDAS DE CONTROL ESPECIAL

Analizados en los capítulos anteriores los requisitos de acceso a la actividad y las garantías financieras exigidas a las entidades aseguradoras durante el ejercicio de la misma, nos ocuparemos en el presente capítulo de abordar el estudio de otro tipo de garantías que si bien no tienen en sí mismas un contenido económico financiero si poseen, en la mayoría de los casos, una influencia que refuerza la finalidad de garantizar la solvencia de las entidades, finalidad que constituye uno de los principales soportes sobre los que se asientan las exigencias normativas específicas impuestas a dichas entidades.

Materias tales como la modificación de la documentación que sirvió de base para justificar la posesión de los requisitos legalmente necesarios para obtener la autorización, que lo son también para mantenerla, o bien, y en especial, aquellas relativas: a las normas de contabilidad de obligado y general cumplimiento; a la obligación de consolidar los estados contables de los grupos de sociedades; a la obligación de proporcionar al Órgano de Control información periódica de naturaleza económica, estadística y contable; a la necesaria puesta de manifiesto de quien está en posesión participaciones significativas en el capital social que otorgan una capacidad de influencia en la toma de decisiones de la entidad; y, por último, a la obligación de someter las cuentas anuales al análisis de auditores externos, son todas ellas exigencias normativas que sin poseer un contenido de naturaleza económica y financiera, están orientadas a que en todo momento pueda ponerse de manifiesto, de manera veraz y exacta, la situación económica y financiera de la entidad y las personas capaces de

influir en sus decisiones, premisas principales y necesarias para que el cumplimiento de las garantías de solvencia, expresadas principalmente en las exigencias de provisiones técnicas y de margen de solvencia, puedan ponerse de manifiesto.

También abordaremos en este capítulo el estudio de las denominadas “medidas de control especial”. Tales medidas se encuentran reguladas por la Ley de Ordenación en su Título II, Capítulo III sobre “intervención de entidades aseguradoras”, conjuntamente con las materias relativas a la revocación de la autorización, la disolución y la liquidación de las entidades, que trataremos en el próximo capítulo, y las infracciones y sanciones, cuyo estudio no abordaremos en el presente trabajo por ser medidas que, no obstante su importancia, no suponen una actuación tendente a garantizar la solvencia de las entidades. La razón de su inclusión en el capítulo que nos ocupa vienen dadas porque estimamos que las medidas de control especial, dada su naturaleza y finalidad preventivas, son medidas adoptables durante el ejercicio de la actividad y no están orientadas en sí mismas al cese de dicha actividad, como sí lo están en cambio los contenidos de la Ley relativos a la revocación de la autorización, la disolución y la liquidación de las entidades.

1.- GARANTÍAS NO FINANCIERAS

1.1. Sujeción a la documentación aprobada. Su modificación.

Según quedó expuesto al comentar la autorización administrativa previa, los requisitos y condiciones exigidos por la Ley para obtener la misma lo son también para conservarla a lo largo de la vida de la entidad. Ello implica que las modificaciones que se produzcan en los documentos que sirvieron de base para justificar tales requisitos y condiciones, deben ser puestas en conocimiento de la Administración para que pueda verificarse si ha habido alguna alteración en los presupuestos que condujeron a la concesión de la autorización y, en su caso, poder adoptar las medidas legalmente oportunas.

Con tal objeto, el artº 5 del Reglamento de Ordenación establece el procedimiento a seguir y los efectos que pueden producirse cuando las entidades procedan a modificar los documentos que sirvieron de base para obtener la autorización administrativa de acceso a la actividad, modificaciones que, en ningún momento, serán objeto de autorización previa para su realización.

Se trata, como antes se indicó, de comprobar si las entidades mantienen los requisitos que les fueron exigidos para concederles la autorización, a la vista de que tales requisitos son necesarios también para conservar dicha autorización.

1.1.1. Procedimiento para comunicar las modificaciones

Establece el Reglamento a estos efectos las siguientes normas:

1ª Remisión de los acuerdos sociales

Las modificaciones de la documentación que haya servido de base para el otorgamiento de la autorización administrativa de acceso a la actividad aseguradora se

notificarán a la Dirección General de Seguros, remitiendo, en su caso, *certificación íntegra de los acuerdos* de los órganos sociales competentes dentro de los *diez días* siguientes a la *aprobación del acta* correspondiente.

En este caso, si bien la Ley no exige la autorización previa, si existe lo que podría denominarse un especie de control previo de legalidad de los acuerdos sociales ya que, en buena lógica, si la Administración advierte la existencia de modificaciones que incumplen los requisitos iniciales deberá comunicarlo a la entidad interesada a los efectos oportunos y con el fin de que no se continúe la formalización de los acuerdos, ahorrando tiempo, trámites y gastos innecesarios.

2ª Excepción si no hay participaciones significativas en la relación de socios

No obstante, como excepción a la norma anterior, en el supuesto de modificación de la relación de socios la exigencia del número anterior solo será aplicable cuando las participaciones tengan la calificación de significativas.

3ª Remisión de la Escritura Pública y de su inscripción en el Registro Mercantil

En el plazo máximo de un mes, a contar desde la fecha de su otorgamiento, se remitirá a la Dirección General de Seguros copia autorizada de la escritura de elevación a públicos de tales acuerdos, cuando ello proceda, acreditándose su presentación en el Registro Mercantil. Una vez inscrita en el mismo, se justificará dicha inscripción en el plazo de un mes desde que se hubiera producido.

1.1.2. Efectos en caso de que las modificaciones incumplan los requisitos iniciales

Como se dijo anteriormente la finalidad de esta obligación de comunicación es poder comprobar si la entidad mantiene o no, en todo momento, los requisitos que le fueron exigidos para obtener la autorización y que son también necesarios para conservarla.

Por ello, en caso de que tales requisitos se vean incumplidos, dispone el artº 5.2 del Reglamento que, *“cuando las modificaciones de la documentación aportada”* determinen que la entidad aseguradora deje de cumplir alguno de los requisitos establecidos en la Ley y en el propio Reglamento para el otorgamiento de la autorización administrativa, tal situación *“dará lugar al inicio del procedimiento administrativo de revocación, sin perjuicio del posible trámite de subsanación prevenido en el artículo 25.3 de la Ley”*.

Nos encontramos también ante una previsión legal de carácter imperativo para la Administración, que en este caso opinamos no permite ningún tipo de advertencia previa a efectuar por la Administración antes de incoar el expediente de revocación y dar inicio al mismo, ya que las posibles advertencias de subsanación habrá que efectuarlas dentro de dicho procedimiento, en el cual el Ministerio de Economía, *“antes de acordar la revocación...estará facultado para conceder un plazo, que no excederá de seis meses”*, para que la entidad proceda a subsanar la causa que provoca la revocación. También debe señalarse el carácter potestativo del plazo a conceder por el Órgano de Control.

1.2. Régimen contable; deber de consolidación; obligación periódica de información económica, estadística y contable; régimen de participaciones significativas; auditoría de cuentas.

1.2.1. Introducción

Como ha sido señalado por la doctrina, por un lado, la obligación legal de contabilidad que forma parte del estatuto del empresario mercantil en general, presenta como plus de rigor en el caso del empresarios de seguros la existencia de la vigilancia o control administrativo, en atención a los intereses públicos concurrentes en este tipo de actividad económica⁵⁷³ y, por otro lado, también ha sido considerado que “las mismas razones que determinan la necesidad de una supervisión administrativa del seguro privado imponen a las aseguradoras obligaciones específicas de contabilidad, junto con una información mixta, que alcanza a aspectos contables y extracontables, a través de la cual se pueda apreciar el grado de solvencia estática y dinámica de las mismas”.⁵⁷⁴

La exigencia del máximo rigor en la formulación de los requisitos que debe reunir la contabilidad de las entidades aseguradoras, junto con la obligación de proporcionar información periódica, no solo contable sino también de naturaleza estadística, al Órgano de Control sobre su situación económico-financiera, constituyen uno de los pilares fundamentales para que dicho Órgano pueda llevar a cabo con eficacia las competencias de control y supervisión que el Ordenamiento Jurídico le encomienda.

Desde el comienzo de la regulación del sector con la Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908 se ha venido exigiendo a las entidades aseguradoras la formulación de sus estados contables, balances y cuentas de pérdidas y ganancias, no solo acomodados a la que en cada momento exigiera la legislación general, especialmente el Código de Comercio, sino también adaptados a un formato propio establecido por la legislación especial, pero tales exigencias no implicaban la existencia de “normas” de contabilización comunes que ni existían en el sector asegurador ni en ningún otro de los sectores de la economía nacional.

Pero mientras que la obligación de proporcionar información contable y estadística se pone de manifiesto ya en la primera regulación del sector, pues la exigencia de presentación de determinados “modelos” contables y estadísticos (disposición adicional 2º del reglamento de 1912) se impone desde el comienzo de la regulación y se va ampliando, depurando y actualizando a lo largo del tiempo, la exigencia de aplicar criterios y normas de contabilización comunes a todas las entidades no se pone de manifiesto hasta el último cuarto del siglo pasado. Así, será el Plan General de Contabilidad aprobado por Decreto 530/1973, de 23 de febrero, el que establecerá los primeros criterios de normalización contable de aplicación general, que deberían ser desarrollados mediante planes sectoriales en determinados ámbitos de la actividad económica. Con ello, por lo que al sector asegurador se refiere, se llega a la

⁵⁷³ DE GISPERT, M^a. Teresa. “La obligación legal de contabilidad de las entidades aseguradoras”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, p. 631. CUNEF. Madrid. 1988.

⁵⁷⁴ DE ANGULO RODRIGUEZ, Luis. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”, en *Estudios de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. p. 130. SEIDA – FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. Instituto de Ciencias del Seguro. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

Orden Ministerial de 30 de julio de 1981 por la que se adapta el Plan General de Contabilidad de 1973 a las entidades de Seguros, Reaseguros y Capitalización. Dicha Orden estableció el primer plan de contabilidad sectorial, el cual ha sido sustituido por el vigente aprobado por Real Decreto de 26 de diciembre de 1997.

La normalización contable es un fundamento esencial para poder analizar con criterios de homogeneidad la situación económica y financiera de las entidades por separado y del sector en su conjunto, lo cual permitirá obtener conclusiones fiables que correspondan a la realidad de la situación de cada momento. Tal normalización ha supuesto un avance importantísimo para poder obtener lo que la nueva normativa califica como la “imagen fiel” de las entidades y del sector, pero la misma se ha visto reforzada con la exigencias de consolidación, aplicable a los grupos de entidades, y de auditoría externa de sus cuentas anuales.

Las cuatro exigencias indicadas: información periódica contable y estadística al Órgano de Control, contabilización de las operaciones económicas con arreglo a normas comunes de obligado cumplimiento, deber de consolidación y deber de auditoría externa, se convierten en un poderoso instrumento que tiende a conseguir que pueda quedar de manifiesto, con las máximas garantías de fidelidad posibles, la auténtica situación económica y financiera de las entidades o de los grupos consolidables para una correcta y veraz información a socios, asegurados y acreedores y para, si fuera necesario, poder adoptar las medidas correctoras que pudieran ser pertinentes, tanto por parte de las propias entidades como, en su caso, de las Autoridades administrativas.

1.2.2. Régimen contable

A. Normativa aplicable

El artº 20.1, primer párrafo, de la Ley de Ordenación dispone que “*la contabilidad de las entidades aseguradoras y la formulación de las cuentas de los grupos consolidables de entidades aseguradoras se regirán por sus normas específicas y, en su defecto, por las establecidas en el Código de Comercio, en el Plan General de Contabilidad y demás disposiciones de la legislación mercantil en materia contable*”.

El indicado precepto establece con claridad el orden de prelación de las fuentes jurídicas aplicables en esta materia por lo cual debe considerarse que la contabilidad de las entidades aseguradoras y la formulación de las cuentas de los grupos consolidables de entidades aseguradoras se regirán por lo dispuesto en la Ley de Ordenación, su Reglamento de desarrollo, el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras aprobado por Real Decreto 2014/1997, de 26 de diciembre, y sus normas específicas y, en su defecto, por las establecidas en el Código de Comercio, en el Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, y demás disposiciones de la legislación mercantil en materia contable.

Haciendo uso de la autorización concedida por el párrafo segundo del indicado precepto de la Ley de Ordenación, el Real Decreto que aprobó el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras reguló las normas específicas de contabilidad aplicables a dichas entidades, las obligaciones contables de las mismas, los principios contables de aplicación obligatoria, las normas sobre formulación de sus cuentas anuales, los

criterios de valoración de los elementos integrantes de las mismas, así como el régimen de aprobación, verificación, depósito y publicidad de dichas cuentas.

Con carácter general el artº 20 7 de la Ley dispone que el ejercicio económico de toda clase de entidades aseguradoras coincidirá con el año natural

B. Separación de contabilidades

Las entidades aseguradoras autorizadas para operar simultáneamente en el ramo de vida y en los ramos de accidentes o enfermedad (incluidos entre los ramos no vida), con arreglo a lo previsto por la Ley, deberán llevar contabilidad separada para aquél y éstos.

También deberán llevar contabilidad separada, para las operaciones del ramo de vida y de los ramos distintos al de vida, las entidades que estuvieran autorizadas para operar en ambas clases de seguros con anterioridad a la publicación de la hoy derogada Ley de Ordenación de 1984 (BOE de 4 de agosto de 1984), ya que a partir de dicha fecha quedó prohibida la posibilidad de simultanear los dos tipos de operaciones en una misma entidad. Dicha separación de contabilidad conlleva, además, la formulación independiente de las cuentas técnicas de pérdidas y ganancias, el estado de cobertura de las provisiones técnicas, el estado de margen de solvencia y el de fondo de garantía.

C. Libros y registros contables de las entidades aseguradoras

a. Libros de contabilidad

El artº 65.1 del Reglamento de Ordenación dispone que las entidades aseguradoras deben llevar los libros de contabilidad exigidos por los artículos 25 y siguientes del Código de Comercio y otras disposiciones que les sean de aplicación, incluyendo con carácter obligatorio el *libro mayor*, que recogerá, para cada una de las cuentas, los cargos y abonos que en ellas se realicen, debiendo concordar en todo momento con las anotaciones realizadas en el *libro diario*.

Así pues, con arreglo a lo establecido por el Código de Comercio y a lo dispuesto por el Reglamento, las entidades aseguradoras deben llevar obligatoriamente los libros de contabilidad *de inventarios y cuentas anuales, diario y mayor*.

Además de dichos libros contables, las entidades aseguradoras deben llevar los libros *de actas de juntas generales y demás órganos colegiados* (artº 26.1 del C. de Comercio) así como, en el caso de las sociedades anónimas, el libro de *acciones nominativas* (artº 55.1 de la Ley de Sociedades Anónimas).

El *libro de inventarios y cuentas anuales* debe abrirse con el *balance inicial* detallado de la empresa y en él se transcribirán, tanto los *balances de comprobación* con sumas y saldos, al menos trimestralmente, como el *inventario de cierre* de ejercicio y las *cuentas anuales*.

El *libro diario* debe registrar día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa siendo válida, sin embargo, la anotación conjunta de los totales de las

operaciones por periodos no superiores al mes, siempre que su detalle aparezca en otros libros o registros concordantes, de acuerdo con la naturaleza de la actividad de que se trate.

El *libro mayor* deberá recoger, para cada una de las cuentas, los cargos y abonos que en ellas se realicen, debiendo concordar en todo momento con las anotaciones realizadas en el libro diario.

Los libros anteriormente citados, según dispone el artº 27 del Código de Comercio, deben de ser presentados, antes de su utilización, al Registro Mercantil del domicilio de la entidad para ser diligenciados por este en su primer folio y sellados en todas sus hojas. No obstante será válida la realización de asientos y anotaciones por cualquier procedimiento idóneo sobre hojas que después habrán de ser encuadernadas correlativamente para formar los libros obligatorios, los cuales deberán ser legalizados antes de que transcurran los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio.

b. Las cuentas anuales: principio de imagen fiel, composición y formulación

El principio de que las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias y memoria) deben reflejar la “imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa” fue ya exigido por el plan de contabilidad de seguros de 1981. Posteriormente fue incorporado a nuestro Ordenamiento con carácter general mediante su inclusión en el Código de Comercio por la Ley 19/1989, de 25 de julio⁵⁷⁵ que introdujo en el Derecho de Sociedades español las necesarias adaptaciones que venían obligadas por las Directivas Comunitarias sobre la materia.

El principio de imagen fiel, en lo que afecta especialmente al sector asegurador, se encuentra establecido en el nº 1 de la Primera Parte del Plan de contabilidad sectorial, dedicado a los “principios contables”. Su formulación se dispone, a modo de principio básico informador de todos los demás, antes de comenzar a tratar concretamente la relación nominativa de los principios contables aplicables, lo cual pone de manifiesto que el objetivo de conseguir que las *cuentas anuales* reflejen la “imagen fiel” económica y patrimonial de la empresa es un objetivo fundamental y prioritario en toda la normativa contable hasta el punto de que, según establece la misma, cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, deben suministrarse las informaciones complementarias precisas para alcanzar dicho resultado. También en aquellos casos excepcionales en que la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben presentar las cuentas anuales, se establece que tal disposición no será aplicable.

Las *cuentas anuales*, según se indicó, están integradas por el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Los tres documentos constituyen una unidad y deben estar redactados con claridad y mostrar, la “imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad”.

El Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras establece, en el nº I de su Cuarta Parte, las siguientes normas para formular las cuentas anuales:

⁵⁷⁵ Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica en Materia de Sociedades (BOE de 27 de julio).

1ª. *Identificación de las cuentas*: el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria deberán estar identificados, indicándose en forma clara y en cada uno de dichos documentos su denominación, la entidad a la que corresponden y el ejercicio económico al que se refieren.

2ª. *Expresión del valor*: las cuentas anuales se elaborarán expresando sus valores en pesetas. No obstante podrán expresarse en miles o en millones de pesetas cuando la magnitud de las cifras así lo aconseje, debiendo quedar esta circunstancia claramente indicada en las referidas cuentas. Como es natural, actualmente la formulación de las cuentas anuales deberá expresarse en euros.

3ª. *Plazo de formulación*: los administradores de las entidades deberán formular las cuentas anuales en el plazo máximo de tres meses, a contar desde el cierre del ejercicio social. Cuando se trate de entidades dedicadas exclusivamente a la práctica del reaseguro el plazo será de seis meses.

4ª. Separación de contabilidades para vida y no vida, *que ya fue tratada anteriormente*.

c. Registros específicos de las entidades aseguradoras

Ha sido tradicional que la normativa aseguradora exija determinados libros y registros propios de las entidades aseguradoras que reflejan el movimiento de los principales parámetros en los que se desenvuelve el negocio asegurador. Así, al desarrollar la Ley de Seguros de 1908, ya el artº 39 del Reglamento provisional de 26 de julio de 1908, y los artículos 78 y 79 del reglamento de 1912 establecieron una serie de libros y registros específicos de las entidades aseguradoras. Este último, además de los libros de contabilidad establecidos por el Código de Comercio, exigía la llevanza de los siguientes libros: -de pólizas y suplementos emitidos; -de bajas o anulaciones; -de primas recaudadas; -de primas a vencer durante el ejercicio; -de reaseguro cedido; y de reaseguro aceptado. Por su parte el artº 44.1 del Reglamento de Ordenación de 1 de agosto de 1985 dispuso también que, además de los libros contables exigidos por el C. de Comercio, las entidades aseguradoras deberían llevar los siguientes libros y documentos: -estado de movimientos de las cuentas, según lo establecido por el plan de contabilidad sectorial de 1981; -listado de pólizas y suplementos emitidos; -listado de siniestros; -inventario de inversiones; y cuadernos de cálculo de las provisiones técnicas.

Actualmente el artº 65 del Reglamento de Ordenación establece que las entidades aseguradoras deberán llevar, además, los registros que a continuación se detallan:

- De cuentas.
- De pólizas y suplementos emitidos, y de anulaciones.
- De siniestros.
- De cálculo de las provisiones técnicas.
- De inversiones.
- De estados de cobertura de provisiones técnicas y de margen de solvencia.
- De contratos de reaseguro aceptado y cedido.

d. Elaboración de cuentas

El artº 66.2 del Reglamento dispone que las entidades aseguradoras deberán elaborar, “*al menos trimestralmente*”, un balance, las cuentas técnicas y no técnicas de resultados, un estado de cobertura de provisiones técnicas y un estado de margen de solvencia, debiéndose formular por separado para los seguros de vida y los de no vida las cuentas técnicas de resultados y los estados de cobertura de provisiones técnicas y de margen de solvencia.

D. El plan de contabilidad de entidades aseguradoras

a. Finalidad del plan

Es el Plan de Contabilidad específicamente adaptado a las características y necesidades de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Aprobado, como quedó indicado, por R.D. de 26 de diciembre de 1997, regula las normas a que debe sujetarse tanto la contabilización y formulación de las cuentas individuales de las entidades como las relativas a las cuentas consolidadas de las mismas, y ello debido a que el plan ha supuesto la incorporación al Ordenamiento español de la Directiva 91/674/CEE, de 19 de diciembre, relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros.

A diferencia del plan de 1981 que constituía una adaptación de las normas del plan general de 1973 al sector, el de 1997 ha sido concebido como un plan autónomo en cumplimiento de lo prevenido por el citado artº 20 de la Ley de Ordenación cuando dispone que la contabilidad de las entidades aseguradoras y la formulación de las cuentas de los grupos consolidables de entidades aseguradoras “*se regirán por sus normas específicas y, en su defecto, por las establecidas en el Código de Comercio, en el Plan General de Contabilidad y demás disposiciones de la legislación mercantil en materia contable*”. Tal carácter ha sido puesto de manifiesto por la doctrina al señalar que “*es la primera vez que se produce en el ámbito asegurador la elaboración de un Plan de Contabilidad autónomo para el mismo, en donde se recogen, con la finalidad de facilitar su aplicación por las entidades aseguradoras, todos aquellos aspectos de índole contable que pueden afectarle, sin olvidar que a pesar de configurarse como texto independiente, forma parte indisoluble de la legislación aplicable a las entidades aseguradoras, por lo que indudablemente puede resultar influido o afectado por normas dictadas dentro de lo que se podría denominar marco legislativo regulador del seguro privado*”⁵⁷⁶.

No obstante la vocación del plan por acoger la totalidad de las normas contables específicas del sector, existe una excepción que es la de la regulación del cálculo de las provisiones técnicas, las cuales se regulan de forma completa en el Reglamento de Ordenación dado que en el régimen de las mismas pesa más su naturaleza de instrumentos para la solvencia del asegurador que sus caracteres contables⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶CABO LOPEZ. Miguel Angel, en la “Presentación” introductoria al “*Plan de contabilidad de entidades aseguradoras*”. R.D. 2014/1997”, p. 15. Col. AMAFEX. Edit. MAPFRE S.A. Madrid 1998.

⁵⁷⁷ Vid. CABO LOPEZ. M. Angel. Op. cit. p. 15.

Seguidamente expondremos, en síntesis, la estructura y contenido del plan, sin profundizar en la regulación del mismo por no ser materia propia del presente trabajo.

b. Estructura del plan

El Plan Contable de Seguros consta de las cinco partes siguientes:

Primera Parte– Principios contables obligatorios

En primer lugar el Plan de Contabilidad establece como principio rector general el de “imagen fiel” al que antes nos hemos referido para disponer, a continuación, que la contabilidad de las entidades aseguradoras se desarrollará aplicando obligatoriamente los siguientes principios contables:

- a'. Principio de prudencia⁵⁷⁸
- b'. Principio de empresa en funcionamiento⁵⁷⁹
- c'. Principio de registro⁵⁸⁰
- d'. Principio del precio de adquisición⁵⁸¹
- e'. Principio de devengo⁵⁸²
- f'. Principio de correlación de ingresos y gastos⁵⁸³
- g'. Principio de no compensación⁵⁸⁴
- h'. Principio de uniformidad⁵⁸⁵

⁵⁷⁸ a. Principio de prudencia. *Únicamente se contabilizarán los beneficios realizados a la fecha de cierre del ejercicio. Por el contrario, los riesgos previsibles y las pérdidas eventuales con origen en el ejercicio o en otro anterior, deberán contabilizarse tan pronto sean conocidas; a estos efectos se distinguirán las reversibles o potenciales de las realizadas o irreversibles.*

En consecuencia, al realizar dicho cierre se tendrán presentes todos los riesgos y pérdidas previsibles, cualquiera que sea su origen. Cuando tales riesgos y pérdidas fueren conocidos entre la fecha de cierre del ejercicio y aquella en que se formulen las cuentas anuales, deberá facilitarse cumplida información de todos ellos en la memoria, sin perjuicio de su reflejo en el balance y cuenta de pérdidas y ganancias. Igualmente, se tendrán presentes toda clase de depreciaciones, tanto si el resultado del ejercicio fuese positivo como negativo.

⁵⁷⁹ b. Principio de empresa en funcionamiento. *Se considerará que la actividad de la entidad tiene prácticamente una duración ilimitada. En consecuencia, la aplicación de los principios contables no irá encaminada a determinar el valor del patrimonio a efectos de su enajenación global o parcial, ni el importe resultante en caso de liquidación.*

⁵⁸⁰ c. Principio de registro. *Los hechos económicos deben registrarse cuando nazcan los derechos u obligaciones que los mismos originen.*

⁵⁸¹ d. Principio del precio de adquisición. *Como norma general y sin perjuicio de los criterios contables aplicables cuando se trate de inversiones afectas a pólizas de seguros en las que el tomador asuma el riesgo de la inversión, todos los bienes y derechos se contabilizarán por su precio de adquisición o coste de producción. Cuando, en virtud de lo dispuesto en las normas legales, no se aplique este principio, deberá informarse sobre ello en la memoria.*

⁵⁸² e. Principio de devengo. *La imputación de ingresos y gastos deberá hacerse en función de la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan, con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos.*

⁵⁸³ f. Principio de correlación de ingresos y gastos. *El resultado del ejercicio estará constituido por los ingresos de dicho período menos los gastos del mismo correspondientes a aquéllos, así como por los beneficios y quebrantos u relacionadas claramente con la actividad de la entidad.*

⁵⁸⁴ g. Principio de no compensación. *En ningún caso podrán compensarse las partidas del activo y del pasivo del balance ni las de gastos e ingresos que integran la cuenta de pérdidas y ganancias, establecidos en los modelos de las cuentas anuales. Se valorarán separadamente los elementos integrantes de las distintas partidas del activo y del pasivo.*

⁵⁸⁵ h. Principio de uniformidad. *Adoptado un criterio en la aplicación de los principios contables dentro*

i'. Principio de importancia relativa⁵⁸⁶

Dispone, así mismo, el plan que cuando se produzca conflicto entre principios contables obligatorios deberá prevalecer el que mejor conduzca a que las cuentas anuales expresen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa. No obstante, sin perjuicio de lo anterior, también se dispone que el principio de prudencia tendrá carácter preferencial sobre los demás principios.

Segunda Parte- Cuadro de cuentas

El cuadro de cuentas se encuentra dividido en grupos, subgrupos y cuentas y sigue la clasificación decimal, lo que permite descender dentro del esquema contable hasta el grado o nivel más inferior.

El conjunto de cuentas se integran en ocho grandes grupos de una cifra, los cuales se desarrollan en subgrupos de dos cifras y éstos a su vez en conceptos concretos o cuentas principales de tres cifras, que a su vez se desglosan, en algunos casos, en subcuentas de cuatro y hasta cinco dígitos, pudiendo cada entidad, de acuerdo con sus necesidades de gestión, desarrollar niveles inferiores.

Los ocho grupos del plan son los siguientes:

Grupo 1: Financiación Básica.- Son los recursos propios y la financiación ajena no comprendida en otros grupos; incluye también los ingresos a distribuir en varios ejercicios, las provisiones para riesgos y gastos, las acciones propias y otras situaciones transitorias de la financiación.

Grupo 2: Inmovilizado e Inversiones.- Comprende el inmovilizado inmaterial y material, las inversiones materiales y financieras, así como los gastos realizados con imputación diferida, por tener proyección económica futura o exceder su utilidad del ejercicio en que se contraen.

Grupo 3: Provisiones Técnicas.- Provisiones que reflejan el valor cierto o estimado de las obligaciones contraídas por razón de los contratos de seguros y de reaseguros suscritos, así como el de los gastos relacionados con el cumplimiento de dichas obligaciones.

de las alternativas que, en su caso, éstos permitan, deberá mantenerse en el tiempo aplicarse a todos los elementos patrimoniales que tengan las mismas características, en tanto no se alteren los supuestos que motivaron la elección de dicho criterio.

De alterarse estos supuestos, podrá modificarse el criterio adoptado en su día; pero, en tal caso, estas circunstancias se harán constar en la memoria, indicando la incidencia cuantitativa y cualitativa de la variación sobre las cuentas anuales.

⁵⁸⁶ i. Principio de importancia relativa. *Podrá admitirse la no aplicación estricta de alguno de los principios contables siempre y cuando la importancia relativa en términos cuantitativos de la variación que tal hecho produzca sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere las cuentas anuales como expresión de la imagen fiel.*

Grupo 4: Acreedores y Deudores por operaciones de tráfico.- Comprende las cuentas personales y efectos comerciales activos y pasivos que tienen su origen en el tráfico de la entidad, así como las cuentas con las Administraciones Públicas.

Grupo 5: Cuentas Financieras.- Acreedores por operaciones distintas a las que constituyen el tráfico habitual de la entidad, cuentas personales y medios líquidos disponibles.

Grupo 6: Prestaciones y gastos.- Gastos derivados de las operaciones de seguro y otros necesarios para el desarrollo de la actividad de la entidad, así como ciertos conceptos, tales como los recobros de siniestros o las prestaciones a cargo del reaseguro cedido o retrocedido, que deban considerarse como minoración de gastos. Comprende también los tributos a cargo de la entidad, los gastos financieros y los gastos excepcionales.

Grupo 7: Ingresos.- Ingresos técnicos, incluidas primas del seguro directo y aceptado, comisiones y participaciones del reaseguro cedido y retrocedido, así como los demás ingresos que son consecuencia del tráfico de la entidad, los beneficios extraordinarios, además de ciertos conceptos, como las primas y la participación en provisiones del reaseguro cedido y retrocedido, que deben considerarse minoración de dichos ingresos.

Grupo 8: Reclasificación de gastos por destino.- Recoge las cuentas necesarias para distribuir aquellos gastos inicialmente clasificados por naturaleza que, por su función, deben reclasificarse por destino. Comprende, pues, la parte de gastos contabilizados en el grupo 6 que deben imputarse a prestaciones, a gastos de adquisición, a gastos de administración, a gastos de inversiones y a otros gastos técnicos o no técnicos, en razón de la función que dichos gastos desempeñan.

Tercera Parte- Definiciones y relaciones contables

Cada uno de los 8 grupos son objeto de una definición rigurosa y clara en la que, a manera de síntesis, se recogen los caracteres financieros o económicos más sobresalientes de las operaciones integradas en ellos, y se describen los motivos más comunes de cargo o abono de las cuentas principales.

Cuarta Parte- Cuentas anuales

Comprende los siguientes documentos: - El balance; -la cuenta de pérdidas y ganancias; y -la memoria.

Estos documentos forman una unidad y deben ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y en el propio Plan de Contabilidad.

En la formulación de las cuentas anuales se aplicarán las siguientes reglas:

Primera.- El balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria deberán estar identificados, indicándose de forma clara y en cada uno de dichos documentos su denominación, la entidad a que corresponden y el ejercicio a que se refieren.

Segunda.- Las cuentas anuales se elaborarán expresando sus valores en euros; no obstante lo anterior, podrán expresarse los valores en miles de, o en millones cuando la magnitud de las cifras así lo aconseje, debiendo indicarse claramente esta circunstancia en las cuentas anuales.

Tercera.- Las cuentas anuales deberán ser formuladas por los administradores en el plazo máximo de tres meses, a contar desde el cierre del ejercicio social. En caso de entidades reaseguradoras que practiquen en exclusiva operaciones de reaseguro, este plazo se ampliará a seis meses.

Las cuentas anuales expresarán la fecha en que se hubieran formulado y deberán ser firmadas por todos los administradores. Si faltare la firma de alguno de ellos, se hará expresa mención de la causa en cada uno de los documentos en que concurriere dicha falta.

Cuarta.- Las entidades que operen simultáneamente en el ramo de vida y en los ramos distintos del de vida deberán llevar contabilidad separada para ambos tipos de actividad, con referencia a los siguientes conceptos:

- Cuentas técnicas de pérdidas y ganancias.
- Elementos integrantes del margen de solvencia y del fondo de garantía.
- Provisiones técnicas y su inversión.

Quinta Parte- Normas de valoración

El Plan establece un conjunto de 17 normas de valoración que constituyen un desarrollo de los principios contables formulados en la primera parte del mismo.

Dichas normas afectan a los siguientes conceptos:

- Inmovilizado material e inversiones materiales.
- Inmovilizado inmaterial.
- Gastos de establecimiento.
- Gastos a distribuir en varios ejercicios.
- Valores negociables.
- Créditos y deudas.
- Acciones y obligaciones propias.
- Inversiones por cuenta de tomadores de seguros de vida que asuman el riesgo de la inversión.
- Diferencias de cambio en moneda extranjera.
- Impuesto sobre el Valor Añadido.
- Provisiones técnicas.
- Provisiones para pensiones y obligaciones similares.
- Instrumentos derivados.
- Cesiones temporales de activos.
- Mercados regulados.
- Transacciones entre entidades de un grupo.
- Conversión de estados financieros en moneda extranjera.

c. Ámbito y obligatoriedad del plan contable

El Plan Contable es de aplicación obligatoria tanto a las entidades aseguradoras españolas comprendidas en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995, cualquiera que sea la forma que adopten, como a las sucursales en España de entidades domiciliadas en terceros países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo.

No obstante, en la clasificación decimal de las partes segunda y tercera sólo es de obligatoria utilización el desarrollo de grupos, subgrupos y cuentas de hasta tres dígitos, así como sus definiciones y relaciones contables y si alguna entidad necesitase utilizar cuentas de tres dígitos no previstas en el Plan, deberá aplicar las contenidas en el Plan General de Contabilidad.

1.2.3. Deber de consolidación contable

La obligación de consolidación contable fue introducida con carácter general en nuestro Código de Comercio (artículos 42 a 49) por la citada Ley 19/1989 de 25 de julio.

Posteriormente la Ley 13/1992, de 1 de junio⁵⁸⁷, modificó la Ley de Ordenación de 1984 introduciendo en el artº 22 de esta última los números 5 a 9 que regulaban esta materia.

El régimen vigente es el siguiente:

A. Obligación de consolidar

Dicha obligación viene establecida por el artº 20.2, primer párrafo, de la Ley de Ordenación el cual dispone que “*para el cumplimiento del margen de solvencia y, en su caso, de las demás limitaciones y obligaciones previstas en la Ley, las entidades aseguradoras deben consolidar sus estados contables con los de las demás entidades aseguradoras o entidades financieras que constituyan con ellas una unidad de decisión*”.

La Ley establece como finalidad principal de la consolidación la de cumplir con el margen de solvencia lo cual, como ha señalado la doctrina, da pie para considerar que el fin de la exigencia de la consolidación no es tanto el de dar cumplimiento a lo ordenado sobre esta materia por el C. de Comercio, que como más adelante se indicará es en este caso de aplicación subsidiaria, como el de favorecer al Órgano de Control la supervisión de los grupos aseguradores⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Ley sobre recursos propios y supervisión en base consolidada de entidades financieras (BOE de 2 de junio). También se modificó el artº 25 de la Ley de Ordenación incluyendo, entre otros extremos, la obligación de que los grupos consolidables deban disponer en todo momento del margen de solvencia previsto por la Ley.

⁵⁸⁸ BIBIÁN DE MIGUEL. Manuel. “*Ley del Seguro Privado*”, p. 139. Revista de Derecho de los Seguros Privados. Madrid 1996.

Nos remitimos a lo comentado sobre esta materia al tratar la regulación del margen de solvencia.

B. Existencia de unidad de decisión

El requisito fundamental que necesariamente debe ser tenido en cuenta para que surja la obligación de consolidar vienen dado por la existencia de “unidad de decisión” entre las distintas entidades aseguradoras. Por ello el indicado precepto regula en sus párrafos segundo, tercero y cuarto, las condiciones bajo las cuales se entiende que existe tal unidad de decisión.

a. Regla general

El párrafo segundo del precepto indicado establece de manera expresa los requisitos que deben concurrir para que existe la unidad de decisión a efectos de la obligación de consolidar. En tal sentido dispone que “*un grupo de entidades constituye una unidad de decisión cuando alguna de ellas ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control de las demás, o cuando dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto*”.

En orden a lo anterior debe señalarse que el Real Decreto 996/2000, de 2 de junio incorporó un apartado 1 bis al artículo 67 del Reglamento en el cual se dispone que a efectos de lo previsto por la Ley en este punto “*se presumirá que existe relación de control cuando exista una participación igual o superior al 20 por 100 del capital o de los derechos de voto, salvo declaración responsable en contrario, con expresión de las circunstancias concurrentes que permitan concluirlo así*”.

b. Presunción de existencia de unidad de decisión

No obstante la anterior delimitación expresa de las condiciones que deben concurrir para la existencia de unidad de decisión, el párrafo tercero del artº 20.2 de la Ley establece una presunción *iuris et de iure* de que existe dicha unidad cuando se esté ante determinados supuestos. Así, establece que “*se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión*”:

Primero. Cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la sociedad dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta.

Segundo. Cuando, concurra alguno de los supuestos previstos por el artículo 42.1 del Código de Comercio, según el cual existe la obligación de consolidar si una sociedad que sea socio de otra se encuentra en alguna de la siguientes situaciones:

- Que posea la mayoría de los derechos de voto.
- Que tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Que pueda disponer de la mayoría de los derechos de voto, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios.

- Que haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados está vinculada a otra en alguno de los dos primeros casos antes citados.

c. Acumulación de los derechos de participación societaria

Además de lo antes expuesto la Ley, con el fin de aclarar la situación de control de una entidad sobre otras, dispone que deben ser acumulados los distintos derechos de participación societaria de la dominante. Por ello, el párrafo cuarto del referido precisa que, a efectos de determinar la existencia de unidad de decisión, *“a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”*.

C. Normas aplicables para la consolidación

El artº 20.3, primer párrafo, de la Ley de Ordenación establece el sistema de fuentes normativas aplicables a la consolidación de grupos de entidades aseguradoras. A tal efecto dispone que los grupos consolidables de entidades aseguradoras están sujetos al deber de consolidación con arreglo a lo dispuesto en la propia Ley y en el Reglamento de Ordenación *“...y, subsidiariamente, a las normas contenidas en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio y demás aplicables de la legislación mercantil”*. Queda patente la primacía de las normas específicas contenidas en la Ley y en su Reglamento, y la subsidiariedad de las establecidas con carácter general en el Código de Comercio y en el resto de la legislación mercantil.

En todo caso, de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del indicado artº 20.3 de la Ley y 67 del Reglamento, deben aplicarse las siguientes normas:

a. Existencia de grupo consolidable de entidades aseguradoras

Se considera que un grupo de entidades financieras constituye un grupo consolidable de entidades aseguradoras, cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a'. Que una entidad aseguradora controle a las demás entidades.
- b'. Que la entidad dominante sea una entidad cuya actividad principal consista en tener participaciones en entidades aseguradoras.
- c'. Que una persona física, un grupo de personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto, o una entidad no financiera domine a varias entidades, todas ellas aseguradoras.

En las dos últimas circunstancias, corresponderá a la Dirección General de Seguros designar la persona o entidad obligada a formular y aprobar las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados y a proceder a su depósito, correspondiendo a la obligada el nombramiento de los auditores de cuentas. A efectos de tal designación, las

entidades aseguradoras integrantes del grupo deberán comunicar la existencia del mismo a la Dirección General de Seguros, con indicación del domicilio y la razón social de la entidad que ejerce el control, o su nombre, si es una persona física.

En ningún caso las entidades de crédito y las sociedades y agencias de valores formarán parte del grupo consolidable de entidades aseguradoras.

b. Supervisión de los grupos consolidables

El artº 67.1 del Reglamento dispone que los grupos consolidables de entidades aseguradoras quedarán sometidos a la supervisión sobre base consolidada de la Dirección General de Seguros.

c. Entidades que forman parte del grupo consolidable de entidades aseguradoras

Así mismo, el indicado precepto reglamentario delimita el ámbito subjetivo de la consolidación al establecer que formarán parte del grupo consolidable los siguientes tipos de sociedades:

- a'. Las entidades aseguradoras y reaseguradoras.
- b'. Las sociedades de inversión colectiva.
- c'. Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, las gestoras de fondos de pensiones y las gestoras de cartera.
- d'. Las sociedades de capital-riesgo y las gestoras de fondos de capital-riesgo.
- e'. Las entidades cuya actividad principal sea la tenencia de acciones o participaciones.
- f'. Las entidades, cualquiera que sea su denominación o estatuto, que, de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, ejerzan las actividades típicas de las anteriores.
- g'. Las sociedades instrumentales cuya actividad principal suponga la prolongación del negocio de las entidades incluidas en el grupo consolidable o prestar servicios auxiliares a las entidades referidas anteriormente. Quedan incluidas en este apartado, entre otras, las sociedades de mediación en seguros privados, las sociedades de peritación y tasación y las sociedades sanitarias.

d. Delimitación de la actividad de tenencia de participaciones en sociedades aseguradoras o reaseguradoras

El Reglamento, en su artº 67.2, dispone que se considera que la actividad principal de una entidad consiste en tener participaciones en entidades aseguradoras o reaseguradoras cuando concurren las siguientes circunstancias:

1º. Que más de la mitad de su activo esté compuesto por inversiones financieras permanentes en capital, sea cual sea la actividad, objeto social o estatuto de las entidades participadas.

2º. Que más de la mitad de su cartera de inversiones financieras permanentes en capital esté constituida por acciones u otro tipo de valores representativos de participaciones en entidades aseguradoras o reaseguradoras o en empresas, cualquiera

que sea su denominación o estatuto, que, de acuerdo con la normativa que les resulte aplicable, ejerzan las actividades típicas de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

e. Otras sociedades que intervienen en la consolidación (artº 67.3 del Reglamento)

a'. - Sociedades multigrupo:

Son sociedades multigrupo, a los únicos efectos de la consolidación de cuentas, aquellas sociedades que, sin estar incluidas en el grupo consolidable de entidades aseguradoras, son gestionadas por una o varias sociedades del grupo (o por personas físicas dominantes que participan en su capital social) conjuntamente con otra u otras ajenas al mismo.

En todo caso, se entiende que existe gestión conjunta sobre otra sociedad cuando, además de participar en el capital, se produzca alguna de las circunstancias siguientes:

- Que en los estatutos sociales se establezca la gestión conjunta; o
- Que existan pactos o acuerdos que permitan a los socios el ejercicio del derecho de veto en la toma de decisiones sociales.

b'. Sociedades asociadas:

Tendrán esta consideración, a los únicos efectos de la consolidación de cuentas, aquéllas sociedades no pertenecientes al grupo sobre las que alguna o algunas de las entidades del mismo, incluida la entidad o persona física dominante, ejerza una influencia notable siempre que concurra, además, una vinculación duradera que suponga contribución a la actividad de la entidad.

f. Entidad obligada a cumplir los deberes de la consolidación (artº 67.4, primer párrafo, del Reglamento)

La entidad obligada de un grupo o subgrupo consolidable de entidades aseguradoras a cumplir los deberes propios de la consolidación será la sociedad dominante, siempre que ésta sea una aseguradora.

No obstante lo anterior, la entidad aseguradora dominante de un subgrupo de sociedades no estará sujeta al deber de consolidación cuando sea, a su vez, sociedad dominada por una entidad aseguradora dominante de un grupo de sociedades.

g. Designación de la persona o entidad obligada por parte de la Dirección General de Seguros

De acuerdo con lo dispuesto por el párrafo segundo del artº 67.4 del Reglamento, en los supuestos en que la entidad dominante tenga por actividad principal la tenencia de participaciones en entidades aseguradoras y en aquellos casos en que varias entidades aseguradoras estén dominadas por una persona física, por un grupo de personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto o por una entidad financiera, la persona o entidad obligada será designada por la Dirección General de Seguros.

h. Deberes de la persona o entidad obligada

El artº 67.5 del Reglamento regula los deberes que corresponden a las personas o entidades que resultan obligadas a cumplir con los mismos. Tales deberes son los siguientes:

1º. Formular y aprobar las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes al grupo.

2º. Designar a los auditores de cuentas del grupo.

3º. Depositar en el Registro Mercantil, de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación, las cuentas anuales, el informe de gestión consolidados y el informe de los auditores de cuentas del grupo.

4º- Los demás deberes que se deriven de la facultad que la Dirección General de Seguros tiene para requerir, de las entidades sujetas a consolidación, la información que estime necesaria para verificar tales operaciones.

i. Déficit en el cálculo y cobertura de las provisiones técnicas. Medidas de control especial

El artículo 39 de la Ley de Ordenación permite la aplicación de medidas de control especial cuando una entidad aseguradora manifieste déficit en el cálculo de cada una de las provisiones técnicas (superior al quince por ciento en la de prestaciones o al cinco por ciento en las demás) o déficit en la cobertura de dichas provisiones (superior al diez por ciento).

A tales efectos, el artº 67.7, párrafo primero, del Reglamento aclara que se entenderá que concurre en el grupo consolidable de entidades aseguradoras la situación de déficit en el cálculo de las provisiones técnicas cuando exista déficit en dicho cálculo, en los porcentajes indicados, en cualquiera de las entidades que integren el grupo consolidable de entidades aseguradoras.

No obstante, el párrafo segundo de dicho precepto concreta que para apreciar la posible concurrencia en el grupo consolidable de entidades aseguradoras de la situación de déficit en la cobertura de dichas provisiones se tendrá en cuenta el estado de cobertura de tales provisiones del grupo consolidable, obtenido de conformidad con lo establecido al efecto por el artº 56 del Reglamento de Ordenación.

j. Requerimiento de información y facultades de inspección por parte de la Dirección General de seguros

El artº 20.3.b) de la Ley establece que la Dirección General de Seguros podrá requerir a las entidades sujetas a consolidación en un grupo consolidable de entidades aseguradoras *cuanta información sea necesaria para verificar las consolidaciones efectuadas y analizar los riesgos asumidos* por el conjunto de las entidades consolidadas, así como, con igual objeto, *inspeccionar sus libros*, documentación y registros.

Además, dicho precepto dispone que la citada Dirección General podrá requerir de las personas físicas o entidades no financieras que no formen parte del grupo

consolidable de entidades aseguradoras, pero respecto de las que conforme a lo previsto en la Ley exista una unidad de decisión, cuantas informaciones puedan ser útiles para el ejercicio de la ordenación y supervisión de los grupos consolidables de entidades aseguradoras e inspeccionarlas a los mismos fines.

Por su parte el artº 20.3.c) de la Ley también establece que cuando de las relaciones económicas, financieras o gerenciales de una entidad aseguradora con otras entidades quepa presumir la existencia de un grupo consolidable de entidades aseguradoras u otra unidad de decisión, sin que las entidades hayan procedido a la consolidación de sus cuentas, la Dirección General de Seguros podrá solicitar información a esas entidades, o inspeccionarlas, a los efectos de determinar la procedencia de la consolidación.

Lo anterior implica que el Órgano de Control resulta competente, en distintos supuestos, para requerir información y desarrollar las actuaciones de inspección que resulten oportunas, en relación con personas físicas o entidades no aseguradoras, y siempre con los fines establecidos al efecto por la Ley. En primer lugar tales competencias se podrán aplicar cerca de las entidades aseguradoras que componen el grupo consolidable, *“para verificar las consolidaciones efectuadas y analizar los riesgos asumidos”*, en segundo lugar sobre aquellas otras personas físicas o entidades no financieras que no formando parte del grupo consolidable de aseguradoras puedan constituir una unidad de decisión *“para el ejercicio de la ordenación y supervisión de los grupos consolidables de entidades aseguradoras”*, y, en tercer lugar, sobre aquellas otras entidades que por su relación con una entidad aseguradora, y no habiendo procedido a la consolidación, pueda presumirse la existencia de grupo consolidable de aseguradoras u otro tipo de unidad de decisión, y ello con el fin de *“determinar la procedencia de la consolidación”*.

k. Obligaciones de los subgrupos consolidables

El artº 20.3.d) de la Ley establece que las mismas obligaciones antes referidas serán aplicables a los subgrupos consolidables de entidades aseguradoras, entendiéndose por tales a un conjunto de entidades financieras cuya configuración responda a alguno de los tipos previstos en la letra A) anterior, que a su vez se integre en un grupo consolidable de mayor extensión y tipo diferente.

No obstante, la entidad aseguradora dominante de un subgrupo de sociedades no estará sujeta al deber de consolidación cuando sea, a su vez, sociedad dominada por una entidad aseguradora dominante de un grupo de sociedades.

l. Integración de entidades extranjeras en el grupo consolidable

La Ley, en su artº 20.3.e) dispone que cuando existan entidades extranjeras susceptibles de integrarse en un grupo consolidable de entidades aseguradoras, se determinará el alcance del deber de consolidación atendiendo, entre otros criterios, al domicilio de las entidades en alguno de los Estados miembros del Espacio Económico Europeo o fuera de él, a su naturaleza jurídica y al grado de control.

A tales efectos el Reglamento de Ordenación establece en su artº 67.6 que:

1º. Si la entidad dominante es española, en el grupo se integrarán todas las entidades consolidables controladas por ella, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o naturaleza jurídica y con independencia del país donde desarrollen sus actividades.

2º. Cuando la entidad dominante esté domiciliada en un país no perteneciente al espacio económico europeo, el correspondiente grupo estará compuesto por las entidades de nacionalidad española y, en su caso, las filiales de estas últimas, cualquiera que sea su nacionalidad, domicilio o naturaleza jurídica, y con independencia del país donde desarrollen sus actividades.

3º. Cuando la entidad dominante esté domiciliada en un país del espacio económico europeo, se estará a lo dispuesto en el artículo 9 de las normas para la formulación de las cuentas anuales consolidadas aprobadas por Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, sin perjuicio de las potestades de supervisión que correspondan al Ministerio de Economía. Dicho precepto establece, para determinados casos la dispensa de la obligación de consolidar de los subgrupos de sociedades cuando la sociedad dominante, sometida a la legislación española, esté a su vez dominada por otra sociedad sometida a dicha legislación o a la de otro Estado miembro de la Unión Europea.

D. Exclusión de una entidad del grupo consolidable

El artº 20.4 de la Ley permite que la Dirección General de Seguros pueda autorizar la exclusión individual de una entidad aseguradora o financiera del grupo consolidable de entidades aseguradoras cuando se dé cualquiera de los supuestos previstos en el número 2 del artículo 43 del Código de Comercio o cuando la inclusión de dicha entidad en la consolidación resulte inadecuada para el cumplimiento de los objetivos de la ordenación y supervisión de dicho grupo.

El referido artº 43.2 del C. de Comercio dispone que una sociedad dominante podrá excluir de las cuentas consolidadas:

a) A la sociedad del grupo que presente un interés poco significativo con respecto a la imagen fiel que deberán expresar las cuentas consolidadas. Siendo varias las sociedades del grupo en estas circunstancias, no podrán ser excluidas de la consolidación más que si en su conjunto presentan un interés poco significativo respecto de la finalidad expresada.

b) Aquellas sociedades del grupo respecto de las cuales existan restricciones importantes y permanentes que dificulten sustancialmente el ejercicio por la sociedad dominante de sus derechos sobre el patrimonio o la gestión de dichas sociedades.

c) Aquellas en las que la información necesaria para establecer las cuentas consolidadas solo pueda obtenerse incurriendo en gastos desproporcionados o mediante un retraso que imposibilite la formación de dichas cuentas en el plazo legalmente establecido.

d) Aquellas cuyas participaciones se posean exclusivamente al objeto de su cesión posterior.

e) Las que tengan actividades tan diferentes que su inclusión resulte contraria a la obtención de la finalidad propia de las cuentas consolidadas. Esta exclusión no será aplicable por el solo hecho de que las sociedades incluidas en la consolidación sean parcialmente industriales, parcialmente comerciales y parcialmente dedicadas a la prestación de servicios o de que ejerzan actividades industriales o comerciales o realicen prestaciones de servicios diferentes

E. Coordinación con autoridades de control de otros países

Dicha obligación de coordinación administrativa viene establecida por el artº 20.5 de la Ley, el cual dispone, a dichos efectos, que si de un grupo consolidable de entidades aseguradoras forman parte entidades sujetas individualmente a control por autoridad supervisora distinta de la Dirección General de Seguros, esta última deberá actuar de forma coordinada con dicha autoridad supervisora. A estos efectos, el Ministro de Economía podrá dictar las normas precisas para asegurar la adecuada coordinación.

1.2.4. Obligaciones de información económica, estadística y contable a la Dirección General de Seguros

Dichas obligaciones vienen establecidas por los arts. 66.4 (para las cuentas individuales y las consolidadas) y 98 (para las actividades de entidades españolas en países miembros del Espacio Económico Europeo) del Reglamento de Ordenación y por el nº 10 de la O.M. de 23 de diciembre de 1998 que aprueba los modelos⁵⁸⁹ de la documentación estadístico-contable anual, trimestral y consolidada.

⁵⁸⁹ Los modelos que integran la documentación anual son los siguientes:

0. Hoja de declaraciones.
1. Datos de la entidad.
2. Participaciones en el capital social.
3. Balance.
4. Cuenta de pérdidas y ganancias.
5. Desglose de algunos epígrafes del balance.
6. Reclasificación de gastos.
7. Desarrollo de la provisión técnica para prestaciones.
8. Estado de la cartera de valores.
9. Estado de inversiones materiales (inmuebles).
10. Desglose de ingresos, gastos y provisiones técnicoas. Ramo de vida. Seguro directo.
11. Desglose de provisiones técnicas ramos no vida. Seguro directo.
12. Desglose por ramos de provisiones técnicas y depósitos del reaseguro.
13. Dotación de la provisión para riesgos en curso.
14. Provisión para primas pendientes de cobro.
15. Cobertura de provisiones técnicas.
16. Estado de margen de solvencia.
17. Fondo de garantía.
18. Detalle por ramos y modalidades del número de pólizas
19. Desglose del reaseguro por países.
20. Estado de capitales propios.
21. Modelo de control interno.

A. Obligaciones de las Entidades

a. Información anual

El artº 66.4, primer párrafo, del Reglamento establece la obligación de remitir anualmente al Órgano de Control la información contable y estadística, a cuyos efectos dispone que:

- Las entidades aseguradoras deberán remitir a la Dirección General de Seguros las cuentas anuales y el informe de gestión, la información estadístico-contable referida al ejercicio económico y, en su caso, los informes general y complementario de auditoría.

- La información estadístico-contable anual incluirá datos referentes al balance, cuenta de pérdidas y ganancias general y por ramos, cobertura de provisiones técnicas, margen de solvencia, fondo de garantía y aquellos otros extremos que permitan analizar la información contenida en los estados anteriores.

- La remisión de las cuentas anuales se realizará simultáneamente a la de la información estadístico-contable anual, la cual se ajustará a los modelos aprobados por el Ministro de Economía y se remitirá antes del 10 de julio del año siguiente a aquel al que se refieran, salvo que la entidad realice una actividad exclusivamente reaseguradora en cuyo caso el plazo finalizará el día 10 de octubre.

b. Información trimestral

Además, el artº 66.4, tercer párrafo, del Reglamento de Ordenación dispone que están obligadas a remitir información estadístico-contable trimestral las entidades aseguradoras que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

1º. Que las primas devengadas en el ejercicio por seguro directo más reaseguro aceptado superen la cifra de 200.000.000 de pesetas (1.202.024 euros). La obligación

22. Distribución territorial, operaciones en régimen de derecho de establecimiento y en libre prestación de servicios.

Los modelos que integran la información trimestral son los siguientes.

1. Datos de la entidad.
2. Participaciones en el capital social.
3. Balance.
4. Cuenta de pérdidas y ganancias.
5. Desglose de ingresos, gastos y provisiones técnicas. Ramo de vida. Seguro directo.
6. Reclasificación de gastos.
7. Control de la provisión técnica para prestaciones. Seguro directo. Ramos no vida.
8. Inversiones y tesorería.
9. Cobertura de provisiones técnicas.
10. Estado de margen de solvencia.

anterior sólo cesará cuando deje de alcanzarse el referido límite durante dos ejercicios seguidos.

2°. Que operen en los ramos de seguro de vida, caución, crédito o en cualquiera de los que cubren el riesgo de responsabilidad civil.

3°. Que se encuentren sometidas a procedimiento administrativo de adopción de medidas de control especial cuando así se requiera por la Dirección General de Seguros, de disolución, o de revocación de la autorización administrativa, o bien se encuentren en período de liquidación no asumida por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras.

En todo caso, las entidades no obligadas a remitir información estadístico-contable trimestral deberán remitir con esa misma periodicidad el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y los estados de cobertura de provisiones técnicas y de margen de solvencia.

c. Plazo para la remisión de la información y facultades de la Dirección General de seguros

Toda la información estadístico-contable referida al período inferior al año deberá remitirse a la Dirección General de Seguros dentro de los dos meses siguientes al término del período al que corresponda.

La Dirección General de Seguros podrá recabar aclaración sobre la documentación recibida al objeto de obtener la información prevista en este precepto.

B. Obligaciones de información de los grupos consolidables

a. Información anual

El artº 66.4, segundo párrafo, del Reglamento regula las obligaciones de información de las entidades obligadas a formular cuentas consolidadas, estableciendo a tales efectos lo siguiente:

1°. Dichas entidades deberán remitir a la Dirección General de Seguros las cuentas anuales consolidadas y el informe de gestión, la información estadístico-contable consolidada y los informes general y complementario de auditoría.

2°. La información estadístico-contable incluirá datos referentes al balance consolidado, cuenta de pérdidas y ganancias consolidada general y por ramos, cobertura de provisiones técnicas y aquellos otros extremos que permitan analizar la información contenida en los estados anteriores.

3°. La remisión de las cuentas anuales consolidadas se realizará simultáneamente a la de la información estadístico-contable anual consolidada, la cual se ajustará a los modelos aprobados por el Ministro de Economía y se remitirá antes del 10 de julio del año siguiente a aquel al que se refieran, salvo que la entidad obligada realice una

actividad exclusivamente reaseguradora o forme parte del grupo una entidad reaseguradora, en cuyo caso el plazo finalizará el día 10 de octubre.

b. Información semestral

Asimismo, el párrafo quinto del indicado precepto reglamentario establece que las entidades obligadas de los grupos consolidables de entidades aseguradoras deberán remitir semestralmente la información estadístico-contable correspondiente a dicho período.

C. Plazo para el envío de la información no anual

Dispone a tales efectos el párrafo sexto del citado artº 66.4 que toda la información estadístico-contable referida al período inferior al año deberá remitirse a la Dirección General de Seguros dentro de los dos meses siguientes al término del período al que corresponda la cual podrá recabar aclaración sobre la documentación recibida al objeto de obtener la información prevista por la normativa.

D. Deber de información de las entidades españolas que operen en otros países del Espacio Económico europeo

Este deber viene regulado por el artº 98 del Reglamento de Ordenación, el cual contempla tanto a las entidades que operen en régimen de derecho de establecimiento, como en régimen de libre prestación de servicios. A tales efectos dicho precepto establece las siguientes normas para cada caso:

1ª. Las entidades aseguradoras españolas que operen en régimen de derecho de establecimiento deberán remitir anualmente a la Dirección General de Seguros información estadístico-contable sobre la actividad realizada en cada Estado miembro del espacio económico europeo. Dicha información, que incluirá datos referentes a la cuenta de pérdidas y ganancias de la sucursal, así como otros extremos que permitan analizar y completar su contenido, deberá remitirse junto con la documentación estadístico-contable anual correspondiente a la actividad total de la entidad.

2ª. Las entidades aseguradoras españolas que operen en régimen de libre prestación de servicios están sujetas a la obligación establecida en el párrafo anterior, debiendo distinguirse las operaciones realizadas desde la sede central de aquellas otras que se realicen desde las sucursales establecidas en otros Estados miembros.

1.2.5. Régimen de participaciones significativas

A. Justificación y concepto

En el Capítulo III del presente trabajo, al cual nos remitimos en todo lo que sea de aplicación, y al analizar los requisitos necesarios para acceder a la actividad aseguradora, ya se trataron las condiciones de idoneidad exigidas por el artº 14 de la Ley a los socios que participen en la constitución de una entidad con una participación significativa, si bien no resultaba entonces procedente abordar el estudio completo del régimen de participaciones significativas contemplado por el artº 21 de la Ley dentro de

su capítulo referido a las condiciones para el ejercicio de la actividad, lo cual será tratado a continuación.

La introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico asegurador del régimen de participaciones significativas, con la consiguiente obligación de informar al Órgano de Control, constituye una novedad procedente de la adaptación del mismo a las Terceras Directivas sobre el seguro de vida y sobre los de no vida.

El establecimiento de cuando existe una participación calificable de “significativa” y la puesta de manifiesto de su existencia, se deben a la necesidad de poder determinar y conocer con certeza quien tiene capacidad suficiente en la gestión de una entidad como para influir de manera decisiva en la toma de decisiones, ya que quien ostente tal posición puede estar en condiciones de marcar el rumbo de la entidad y de influir en su marcha económica, financiera y comercial.. Así, como ha señalado la doctrina, “la preocupación por una administración sana y prudente de las entidades aseguradoras acarrea, como es lógico, el establecimiento de mecanismos de supervisión sobre los socios que , con su presencia significativa, ejercen influencia en la gestión de la entidad”⁵⁹⁰.

En el ámbito de las entidades aseguradoras el régimen aplicable a las participaciones significativas es el contenido en el artº 21 de la Ley de Ordenación, aunque conviene indicar que según el nº 7 de dicho artículo lo dispuesto en el mismo “*se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre ofertas públicas de adquisición e información sobre participaciones significativas contenidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*”.

El artº 21.1 de la Ley de Ordenación, dispone que a los efectos de lo establecido por dicha Ley, tendrá la consideración de participación significativa “*el hecho de ser titular en una entidad aseguradora, directa o indirectamente, de un porcentaje igual o superior al diez por ciento del capital social, fondo mutual, o de los derechos de voto. También tiene la consideración de participación significativa (...) cualquier otra posibilidad de ejercer una influencia notable en la gestión de la entidad aseguradora en la que se posea una participación*”.

Vemos que la participación significativa no solo se manifiesta por la titularidad del diez por ciento o más del capital o de los derechos de voto, sino que pueden haber otros supuestos en los que, poseyendo una participación menor, la Ley considera que hay participación significativa si se está en situación de ejercer una “influencia notable” en la gestión social, concepto cuya delimitación la Ley confió a su desarrollo reglamentario, si bien en tanto éste no se produjera, estableció ciertas normas transitorias en su D.T. 8ª (participación que sea superior al tres por ciento del capital social, si la entidad cotiza en Bolsa, o que haga posible la presencia en el órgano de administración de la misma).

El Reglamento, en su artº 69.1, delimita el contorno conceptual del concepto, estableciendo al respecto que se entiende que existe posibilidad de ejercer una

⁵⁹⁰ IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA. Alejandro. “La supervisión de la actividad aseguradora en la nueva ley”, en “*Manual de la nueva ley del seguro*”, Vol. I, p. 141. Expansión . Madrid, 1995.

influencia notable en la gestión de una entidad aseguradora cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que una persona física o una o varias sociedades de un mismo grupo sean titulares, directa o indirectamente, de un porcentaje igual o superior al 10 por 100 del capital social, del fondo mutual o de los derechos de voto de la entidad, o al 3 por 100 si ésta cotiza en un mercado regulado.

b) Que tal participación haga posible la presencia en el órgano de administración de la entidad.

No obstante, conviene señalar que si exceptuamos las precisiones reglamentarias a que la participación pueda ostentarla “una persona física o una o varias sociedades del grupo” y a la sustitución del término “Bolsa” por el de “mercados regulados”, el precepto no añade ningún supuesto nuevo a los establecidos por el artº 21.1 y la D.T. 8ª de la Ley.

El Reglamento sí aclara quien debe entenderse por titular en determinados supuestos en los que, en principio, podrían plantearse algunas dudas, como son los de usufructo, prenda y copropiedad de acciones.

Así, en su artº 69.2 aclara que en los supuestos de *usufructo o prenda de acciones*, tendrá la consideración de titular de las mismas la persona o entidad a quien corresponda el ejercicio de los derechos de voto y que en cuando se trate de copropiedad de acciones, tendrá la consideración de titular la persona designada para ejercer los derechos de voto si es uno de los copropietarios; en otro caso, se estará a la participación de cada uno de los copropietarios en la comunidad.

B. Deber de información al Órgano de Control. Posible oposición de éste

El artº 21.2 de la Ley de Ordenación impone, por un lado, la obligación de informar previamente a la Dirección General de Seguros a todo aquel que pretenda adquirir o aumentar una participación significativa en una entidad aseguradora y, por otro lado, establece el procedimiento para que dicho órgano pueda manifestar su conformidad o su oposición en caso de falta de idoneidad del socio. A tales efectos dispone las siguientes reglas:

1ª Toda persona física o jurídica que pretenda “*adquirir, directa o indirectamente*”, incluso en los supuestos de aumento o reducción de capital, fusiones y escisiones, una participación significativa en una entidad aseguradora deberá informar de ello previamente a la Dirección General de Seguros, haciendo constar la *cuantía* de dicha participación, los *términos y condiciones* de la adquisición y el *plazo* máximo en que se pretenda realizar la operación.

Conviene indicar que el plazo para realizar la operación no podrá ser inferior al de tres meses que la propia Ley, como veremos, establece para que la Dirección General de Seguros se manifieste sobre la idoneidad de los socios, transcurrido el cual por vía de silencio positivo se considerará que dicho Órgano no se opone a la participación significativa.

2ª. A igual deber de información estarán sujetas las citadas personas físicas o jurídicas cuando se propongan *incrementar* su participación significativa, de modo que la proporción de sus derechos de voto o de participaciones en el capital llegue a ser igual o superior a los límites del 20, 33, o 50 por ciento y también cuando la entidad aseguradora se convierta en sociedad dominada de las mismas.

3ª A fin de determinar la aplicación de dicha obligación de informar, se considerará que pertenecen al adquirente o transmitente de las participaciones en el capital *“todas aquéllas que estén en poder del grupo (...) al que éste pertenezca o por cuenta del cual actúe”*, según la definición de grupo contenida en el artículo 20.2 de la Ley.

Esta precisión de la Ley viene a aclarar el “directa o indirectamente” anteriormente indicado.

4ª. La Dirección General de Seguros dispondrá de un plazo de tres meses, a partir de la presentación de la información, *“para oponerse a la adquisición de participación significativa o de cada uno de los incrementos de la misma”* que iguallen o superen los límites antedichos o que conviertan a la entidad aseguradora en sociedad dominada del titular de la participación significativa.

La oposición deberá fundarse en que el que pretenda adquirirla *no sea idóneo* para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad aseguradora. La idoneidad de los socios deberá ser determinada aplicando los criterios establecidos al efecto por el artº 14 de la Ley, tratados en el Capítulo III del presente trabajo, al cual nos remitimos.

5ª. Si la Dirección General de Seguros *“no se pronunciara en el plazo de tres meses, podrá procederse a la adquisición o incremento de participación”*. No obstante, si dicho Órgano expresa su conformidad a la adquisición o incremento de participación significativa podrá fijar un plazo máximo distinto al comunicado para efectuar la adquisición.

Como puede comprobarse la falta de respuesta de la Administración en el plazo establecido por la Ley lleva aparejada la aplicación de la técnica del silencio positivo.

C. Efectos del incumplimiento de la obligación de informar

La Ley de Ordenación no solo impone la obligación de informar sobre la intención de adquirir o aumentar una participación significativa, sino que también establece las consecuencias que se derivan en el caso de que se efectúen las adquisiciones o incrementos incumpliendo la obligación de informar en los términos exigidos por la misma.

Así, el artº 21.3 de la Ley, dispone que en tales casos *“...se producirán los siguientes efectos”*:

1º. *“En todo caso y de forma automática, no se podrán ejercer los derechos políticos correspondientes a las participaciones adquiridas irregularmente”*. Si, no obstante, llegaran a ejercerse, los correspondientes votos serán nulos y los acuerdos

serán impugnables conforme a lo previsto en los artículos 115 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas, estando legitimada al efecto la Dirección General de Seguros.

Los derechos políticos inherentes a la condición de socio son el de voto, el de asistencia a Juntas Generales, el de información sobre la marcha de la sociedad, el de impugnación de los acuerdos sociales y el de obtener certificación de los acuerdos adoptados por la Junta General. No obstante no todos ellos deben ser considerados por igual a los efectos de lo previsto por la Ley de Ordenación. Así, ha señalado un sector de la doctrina que “tan solo cabe impugnar los acuerdos adoptados con el ejercicio del derecho político de voto (...) ya que el ejercicio de otros derechos políticos no puede afectar la bondad de ningún tipo de acuerdos (salvo el derecho de asistencia a la junta, en relación con la formación de quorums)”.⁵⁹¹

2º. Si fuera preciso, se adoptarán *medidas de control especial* sobre la entidad aseguradora.

3º. Además, se podrán imponer las *sanciones* administrativas previstas en los artículos 41 y 42 de la Ley.

D. Abandono de participaciones significativas

La Ley también impone la obligación de informar cuando se produzca el abandono o disminución de una posición de participación significativa.

A tales efectos el artº 21.4 de la misma establece lo siguiente:

1º. Toda persona física o jurídica que se proponga dejar de tener, directa o indirectamente, una participación significativa en alguna entidad aseguradora deberá informar previamente de ello a la Dirección General de Seguros y comunicar la cuantía prevista de la disminución de su participación.

2º. Igual obligación de información tendrán quienes pretendan disminuir su participación significativa siempre que la proporción de sus derechos de voto o de participaciones en el capital descienda de los límites del 50 , 33 o del 20 por ciento, o bien que la entidad aseguradora deje de ser sociedad dominada de quien posee la participación significativa.

3º. El incumplimiento de este deber de información será sancionado según lo previsto en la ley..

E. Obligación de informar por parte de las entidades aseguradoras

Pero la obligación de informar previamente a la Dirección General de Seguros cuando se pretenda adquirir, aumentar, abandonar o disminuir una participación significativa también afecta a la entidad aseguradora en la que se posea dicha participación.

Así, en orden a lo anterior, el artº 21.5 de la Ley de Ordenación establece que la obligación referida “*corresponde también a la entidad aseguradora de la que se*

⁵⁹¹ BIBIÁN DE MIGUEL. Manuel. “*Ley del ...*”. Op. cit. p. 146.

adquiera, aumente, disminuya o deje de tener la participación significativa referida” y que, además, las entidades aseguradoras comunicarán, al tiempo de presentar su información periódica, y siempre que al efecto sean requeridas por la Dirección General de Seguros, la identidad de los accionistas o socios que posean participaciones significativas, la cuantía de dichas participaciones y las alteraciones que se produzcan en el accionariado. En particular, los datos sobre participación significativa se obtendrán de la junta general anual de accionistas o socios, o de la información recibida en virtud de las obligaciones derivadas de la Ley del Mercado del Valores.

F. Actuaciones en caso de daño grave en la situación financiera de la entidad

La obligación de poner de manifiesto la existencia de participaciones significativas no es solo de contenido formal e informativo. Tiene como finalidad principal garantizar que los socios que tienen capacidad de decisión en la entidad estén en disposición de garantizar una gestión sana y prudente de la misma. Por ello la Ley prevé una serie de medidas cuando no se dé dicha circunstancia.

A tal efecto el 1º artº 21.6 de la Ley establece que “cuando se acredite que los titulares de una participación significativa ejercen una influencia que vaya en detrimento de la gestión sana y prudente de una entidad aseguradora, que dañe gravemente su situación financiera”, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Dirección General de Seguros, podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas:

a) Las previstas en el nº 3 de dicho artº 21 respecto de los derechos políticos de los socios, que antes fueron comentadas, si bien la suspensión de los derechos de voto no podrá exceder de tres años.

b) Con carácter excepcional, la revocación de la autorización.

1.2.6. Auditoría externa de cuentas

A. Introducción: los controles de las entidades aseguradoras

La auditoría externa de las cuentas anuales puede ser encuadrada como una modalidad de control externo obligatorio, dentro del conjunto de controles a los que se haya sometida la actividad de las entidades aseguradoras. Siguiendo a un sector de la doctrina⁵⁹² tales controles pueden clasificarse en controles internos y externos.

Los *controles internos* incluyen el control administrativo (normas, manuales de actuación y procedimientos, control de firmas, etc.) y la auditoría interna. Los *controles externos* pueden ser voluntarios u obligatorios. En este último supuesto se encuentran la auditoría externa y el control estatal, el cual, a su vez, se desdobra en el denominado control financiero y en la actividad inspectora.

⁵⁹² LINARES PEÑA. Angel. “*Tratado de auditoría de cuentas de entidades aseguradoras*”, pp. 3 a 15. Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Colección Universitaria. Edit. MAPFRE S:A. Madrid 1998.

B. La obligación de auditoría en las entidades aseguradoras.

La regulación jurídica de la auditoría de cuentas se encuentra recogida en la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas y en su Reglamento aprobado por Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre⁵⁹³.

La Disposición Adicional Primera de la citada Ley estableció que “1. *deberán someterse en todo caso a la auditoría de cuentas (...) las empresas o entidades (...): d) Que tengan por objeto social cualquier actividad sujeta a la Ley 33/84, de 2 de agosto, de ordenación del Seguro Privado, dentro de los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por Real Decreto*”. A su vez el Reglamento de Auditoría, en su Disposición Adicional Quinta, al desarrollar lo establecido por la Ley eximió del deber de auditoría de las cuentas anuales a aquellas entidades aseguradoras que por reunir, al menos, dos de los requisitos⁵⁹⁴ del artº 181 de la Ley de Sociedades Anónimas, pudieran presentar balance abreviado.

También esta última Ley establece en su artº 203 que las cuentas anuales y el informe de gestión deberán ser revisados por los auditores de cuentas, y que se exceptúa de esta obligación a las sociedades que puedan presentar balance abreviado.

Por su parte el artº 68.1 del vigente Reglamento de Ordenación establece la obligación general de auditar las cuentas anuales, tanto las individuales como las consolidadas. A tales efectos dispone lo siguiente:

Primero. Que las cuentas anuales de las entidades aseguradoras deberán ser revisadas por los auditores de cuentas, en los términos establecidos en la Ley 19/1998, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, y en el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre.

Segundo. Que, además de en los casos previstos en las disposiciones antes citadas, las cuentas anuales de las entidades aseguradoras deberán también someterse a la misma auditoría cuando concorra alguna de las circunstancias de las que obligan a las entidades a remitir información estadístico-contable trimestral, según quedó indicado anteriormente.

Tercero. Que las cuentas anuales consolidadas deberán ser revisadas por los auditores de cuentas en todo caso.

Con independencia de la obligación general de auditar las cuentas anuales, anteriormente referida, el Reglamento de Ordenación establece determinados supuestos especiales en los que el Órgano de Control puede ordenar la realización de auditorías externas, cuyo alcance y contenidos se apreciarán en cada caso en función de la situación de la entidad. Así, el artº 68.2 del mismo establece que “*siempre que existan irregularidades en la contabilidad que dificulten notablemente conocer la verdadera*

⁵⁹³ BB.OO.EE. de 15 de julio de 1988 y de 24 y 25 de diciembre de 1990.

⁵⁹⁴ Dichos requisitos son los siguientes:

- a) Que el total de las partidas del activo no supere los trescientos noventa y cinco millones de pesetas.
- b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los setecientos noventa millones de pesetas.
- c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

situación patrimonial de la entidad o se trate de entidades sometidas a medidas de control especial, la Dirección General de Seguros podrá exigir a las entidades aseguradoras, mediante requerimientos individualizados, la realización de auditorías externas especiales, con el alcance que considere necesario para el adecuado control de aquéllas”.

C. Concepto de auditoría

El artº 1.1 de la Ley de Auditoría dispone que se entenderá por *auditoría de cuentas* “la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquella tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros.”

Por lo que se refiere a la *auditoría de cuentas anuales*, el número 2 de dicho precepto establece que esta “consistirá en verificar y dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa o entidad auditada, así como el resultado de sus operaciones y los recursos obtenidos y aplicados en el periodo examinado, de acuerdo con el Código de Comercio y demás legislación que le sea aplicable; también comprenderá la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas.”

Por su parte, el Reglamento de Auditoría dispone en su artº 1.1 que se entenderá por *auditoría de cuentas* “la actividad realizada por una persona cualificada e independiente, consistente en analizar, mediante la utilización de las técnicas de revisión y verificación idóneas, la información económico-financiera deducida de los documentos contables examinados, y que tiene como objeto la emisión de un informe dirigido a poner de manifiesto su opinión responsable sobre la fiabilidad de la citada información, a fin de que se pueda conocer y valorar dicha información por terceros.”

Respecto al concepto de auditoría de cuentas anuales, la indicada norma reglamentaria establece en su artº 3.2 que la misma “*consistirá en verificar y dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa o entidad auditada, así como el resultado de sus operaciones, de acuerdo con los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados.*”

De las definiciones legales antes consignadas pueden deducirse los caracteres que deben concurrir para que una actividad pueda ser cualificada como de auditoría:

- Que se produzca una actividad de *revisión*.
- Que dicha revisión lo sea de *documentos contables*.
- Que sean utilizadas *técnicas de revisión y verificación idóneas*.
- Que la revisión concluya en la emisión de un *informe*.
- Que dicho informe pueda tener efectos *frente a terceros*.
- Que se realice por *persona cualificada e independiente*.

Si, además, la auditoría se refiere a las cuentas anuales, la misma deberá verificar si las cuentas:

- Expresan la *imagen fiel* patrimonial y financiera de la empresa.

- Han sido confeccionadas de acuerdo con la *normativa contable* de aplicación y con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados, y,
- Si concuerdan con el *informe de gestión*.

2. MEDIDAS DE CONTROL ESPECIAL.

2.1. Antecedentes, denominación, justificación, naturaleza jurídica y concepto

2.1.1. Antecedentes y denominación de las medidas

A. Antecedentes

Los antecedentes de la legislación europea en materia de éste tipo de medidas se encuentran en el artº 20 de la Directiva No Vida 73/239/CEE, de 24 de julio de 1973⁵⁹⁵, y el artº24 de la Directiva de Vida 79/267/CEE, de 5 de marzo de 1979⁵⁹⁶. Ambos preceptos, de un contenido similar, establecen:

- La *posibilidad* de prohibir la libre disposición de activos en caso de insuficiencia de las reservas técnicas;
- La *exigencia* de un plan de saneamiento o recuperación en caso de insuficiencia del margen de solvencia;
- La *exigencia* de un plan de financiación si se producía déficit en el fondo de garantía, con posibilidad de prohibir la disposición de bienes; y,
- En los supuestos de insuficiencia de las reservas técnicas y del fondo de garantía, la *posibilidad* de adoptar cualquier otra medida apropiada o necesaria “para salvaguardar los intereses de los asegurados”.

Estas normas son las que inspiraron la primera legislación española sobre la materia que, como en tantos otros aspectos de la legislación del seguro privado, se incorporaron a nuestro Ordenamiento antes de la entrada de España en la hoy Unión Europea el 1 de enero de 1986.

El primer, aunque limitado, antecedente español de las medidas cautelares se encuentra en el Real Decreto 478/1978, de 2 de marzo, que reguló también por primera vez el margen de solvencia y el fondo de garantía. Dicho Decreto introdujo la medida de “suspensión de emisión de nuevas pólizas” para las entidades que presentaran insuficiencia de margen de solvencia, si bien se concedía la posibilidad de solicitar un plazo no superior a dos años durante el cual no se suspendía la emisión de nuevos contratos, si se cumplían las condiciones establecidas en la autorización del mismo (plan de rehabilitación). La norma indicada si bien fue calificada de “excesivamente estricta”, también se consideró “que ejerció influencias innegablemente positivas: mentalizó a todos –Administración y aseguradores- para el camino que tenía que empezarse a andar, que no era otro que el del control de solvencia”⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ DOCE L 228 de 16-8-73, p.3.

⁵⁹⁶ DOCE L 63 de 13-3-79, p.1.

⁵⁹⁷ IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “Régimen cautelar y sancionador”, en “Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado”. Tomo II. p. 248. CUNEF. Madrid 1988.

No obstante, como se indicó en el capítulo II, en España el antecedente legislativo de *lege ferenda* de un conjunto completo de “medidas de control especial”, antes denominadas “medidas cautelares”, se encuentra en la redacción inicial del artº 43 del Proyecto de Ley de 5-6-1981⁵⁹⁸. Tales previsiones fueron en su día consideradas por la doctrina como un gran acierto⁵⁹⁹.

Dado que dicho Proyecto de Ley no llegó a ver la luz por disolverse las Cortes, se publicó el Real Decreto 3051/1982, de 15 de octubre, que además del margen de solvencia y el fondo de garantía y otra serie de materias, reguló por vez primera las medidas cautelares (artº 6). Posteriormente dichas medidas pasaron a la Ley de Ordenación de 2 de agosto de 1984 (artº 42) y derogada ésta, a la vigente de 8 de noviembre de 1995 con la denominación de “medidas de control especial” (artº 39).

B. Breve comentario sobre la denominación de las medidas

Como se ha indicado las denominadas medidas de control especial enlazan directamente con las medidas cautelares de la Ley de Ordenación de 1984. Su cambio de denominación se llevó a cabo con la finalidad de evitar confusiones con las medidas cautelares de naturaleza procesal adoptables por los Tribunales de Justicia, considerándose incorrecta la denominación utilizada por la Ley de 1984⁶⁰⁰.

No obstante pensamos que tampoco la nueva denominación de medidas de “control especial” cumple enteramente con su finalidad pues no da indicios sobre la naturaleza de tales medidas. Si éstas son medidas de control “especial” cabe deducir que en el articulado de la Ley de Ordenación deberían existir medidas calificables como de control “general”, aunque la Ley no las califique de tal forma. Esta última denominación debería ser predicable de medidas tales como la revocación, la disolución administrativa, la intervención en la liquidación de las entidades (por el propio Órgano de Control o por la Comisión Liquidadora de entidades Aseguradoras) e, incluso, las sancionadoras, que junto con las medidas ahora comentadas forman los cinco mecanismos típicos de intervención que la Administración puede aplicar a las entidades aseguradoras⁶⁰¹, todos los cuales se encuentran regulados en el Título II, Capítulo II de la Ley de Ordenación bajo la rúbrica de *intervención de entidades aseguradoras*. Pero estas medidas (con excepción de algunas de las sancionadoras que pueden tener una finalidad meramente correctora pero no alteradora de la integridad operativa de la entidad, como las multas y la amonestación privada) no son precisamente “generales”, de aplicación general, sino que por el contrario solo cobrarán virtualidad en situaciones excepcionales de la vida de las entidades y no constituyen un abanico de instrumentos de uso común por parte de la Administración sino que, por el contrario, normalmente solo serán utilizadas en situaciones extremas, ya que lo “general” será que previamente se hayan puesto en funcionamiento alguna o algunas de las medidas de control denominado “especial”. Si por “*general*” se entiende lo “común a todos los individuos

⁵⁹⁸ TIRADO SUAREZ F.J. “*Ley ordenadora del seguro privado – exposición y crítica-*” p. 225. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla 1984.

⁵⁹⁹ DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. “*Derecho Español de Seguros*”. Tomo I. Parte General. tercera Edición. p. 385. Madrid 1983

⁶⁰⁰ ALMAJANO PABLOS, Luis. “Justificación de la necesidad de la Ley”, en “*Estudios de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*”. p. 21. SEAIDA – FUNDACIÓN MAPFRE ESTUDIOS. Instituto de Ciencias del Seguro. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

⁶⁰¹ ALMAJANO PABLOS, Luis. . “Justificación de la necesidad ...”. Op. cit. p. 20 y 21.

de naturaleza diferente” y lo “común, frecuente y usual”, y por “*especial*” se considera lo “singular o particular que se diferencia de lo común o general” y lo “muy adecuado o propio para algún efecto”⁶⁰², es posible que cupiera predicar sendos caracteres para ambos tipos de medidas. Cabe, pues, considerar que no es la calificación de general o especial lo que identifica la naturaleza y finalidad de las medidas de intervención antedichas y, probablemente, es por eso por lo que la Ley no acuña ningún apelativo de “generales” para las medidas distintas a las de “control especial”.

Para terminar este breve *excurso* sobre la denominación de estas últimas medidas, señalaremos que lo importante en las mismas, como veremos, es su finalidad preventiva para tratar de enmendar una situación problemática y dificultosa de la entidad, anticipándose a la posible producción de otra situación futura de efectos irreversibles, (pensemos en medidas tales como los planes de saneamiento, los de financiación a corto plazo y los de rehabilitación que constituyen el corazón y la razón de ser de dichas medidas). Su núcleo teleológico está constituido por una vocación por la prevención y su adopción se suele producir “ex ante” de la posible aplicación de algunas de la demás medidas de intervención cuya finalidad más que correctora y conservadora es, por expresarlo en términos médicos, de naturaleza quirúrgica y extirpativa. Por todo ello, cabe concluir que si se estimó más oportuno modificar la anterior denominación de medidas “cautelares”⁶⁰³, aunque ésta sí reflejaba la finalidad de las mismas y quizás hubiera bastado con añadirle el adjetivo “administrativas” para no crear confusión, podría haberseles calificado de medidas de control “preventivas”⁶⁰⁴ o término similar que hubiera puesto de manifiesto su finalidad que, como veremos a continuación, constituye la razón de ser de tales medidas.

2.1.2. Justificación de su existencia

Según se ha indicado, las medidas de control especial tienen una finalidad fundamentalmente preventiva de posibles situaciones futuras muy graves de desequilibrio financiero e insuficiencia de recursos que pueden, incluso, desembocar en la desaparición de la entidad.

Como ha señalado la doctrina la situación de insolvencia en las entidades de seguros, por los caracteres específicos de su propia actividad, “suele ir precedida de una etapa más o menos larga de dificultades, de preinsolvencia, durante la cual el funcionamiento de la entidad es irregular, bien por falta de competencia o de moralidad de sus directivos o bien por un defectuoso planteamiento técnico y financiero de la empresa (...) En esa etapa, a veces se intentan operaciones arriesgadas que con frecuencia aceleran la marcha hacia la insolvencia definitiva y que la Administración debe procurar evitar, para lo cual es preciso que la Ley le conceda las facultades adecuadas. En cualquier actividad en la que se manejan fondos ajenos es conveniente evitar esas situaciones, pero ello es más necesario tratándose de entidades de seguros que venden seguridad en forma de promesa de una prestación (...) Ahora bien, es evidente que antes de llegar a la situación de insolvencia se pueden detectar muchos

⁶⁰² Diccionario de la Lengua Española. R:A:E.. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe S.A. Madrid 2001.

⁶⁰³ **Cautelar.** Preventivo, precautorio. // **2. Der.** Dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo. DRAE. Op. cit.

⁶⁰⁴ **Prevenir.** **6.** Anticiparse a un inconveniente, dificultad u objeción. DRAE. Op. cit.

síntomas que denuncian la situación irregular, y a tiempo suficiente para, procediendo con energía, evitar que el pasivo llegue a ser superior al activo, con lo cual se protegerá a los asegurados, a los empleados, a los acreedores, etc, (...) Las medidas cautelares permiten actuar a la Administración antes de que la situación de desequilibrio financiero sea irreversible, que es lo verdaderamente interesante, y ello aplicando medidas preventivas, no sanciones, a la entidad que podrían agravar la situación”⁶⁰⁵.

También se ha sostenido que las medidas de control especial “suponen una restricción a la capacidad de actuación y de autogobierno de las aseguradoras, justificada en el interés público, representado por los intereses económicos de una pluralidad de asegurados, y cuya finalidad es detener y corregir una situación de deterioro de la aseguradora de tal forma que se garantice su viabilidad futura”⁶⁰⁶.

Estimamos que lo antes expuesto expresa, con suficiente nitidez, la justificación y la razón de ser de unas medidas que ponen en manos del Órgano de Control instrumentos válidos para, con carácter previo, tratar de poner remedio a ciertas situaciones de irregularidad económica, financiera, técnica o de gestión del negocio, con el fin de evitar la aparición de situaciones de mayor gravedad que harían necesaria la aplicación de otras medidas más drásticas y, en muchas ocasiones, de naturaleza irreversible.

2.1.3. Naturaleza jurídica

Abordar la delimitación de la naturaleza jurídica de las medidas de control especial, al igual que la de sus homónimas las medidas cautelares de la Ley de 1984, requiere como consideración previa tratar de deslindarlas de las medidas sancionadoras y establecer si gozan de autonomía conceptual respecto a éstas para, en caso positivo, intentar poner de manifiesto cual sea su auténtica naturaleza.

Respecto a su posible naturaleza sancionadora, en general la doctrina ha estimado que tales medidas no deben catalogarse como sanciones. Así, se ha considerado que, “con independencia de las medidas cautelares, parece conveniente que las sanciones y la exigencia de responsabilidad se reserven para las infracciones del ordenamiento jurídico y para conductas dolosas o negligentes, sean o no la causa de las situaciones que han dado lugar a la aplicación de dichas medidas”⁶⁰⁷. También se ha estimado el carácter no sancionador de las medidas con base en que la Ley establece que “...con independencia de la sanción administrativa que, en su caso, proceda imponer, las medidas de control especial podrán consistir en” (artº 39.2 de la Ley, antes artº 42.2 de la de 1984), con lo que la propia Ley consagra la diferencia, pudiéndose deducir la compatibilidad de los dos procedimientos en que deben substanciarse la aplicación de las sanciones y de las medidas indicadas⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando y DEL CAÑO PALOP, José Ramón. “Comentarios al Reglamento de Ordenación del Seguro Privado”, p.306. Madrid 1987.

⁶⁰⁶ BILBATÚA, Luis. “Régimen cautelar y sancionador”, en “Manual de la nueva Ley del Seguro”. EXPANSIÓN. Madrid 1995.

⁶⁰⁷ DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. DEL CAÑO PALOP, José Ramón. “Comentarios al Reglamento...”. p. 307.

⁶⁰⁸ IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “Régimen cautelar y...”. Op. cit. p. 251. Vid. tb. BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “Ley del Seguro Privado”. Revista de Derecho de los Seguros Privados. Madrid 1996.

Así mismo, se ha considerado que mientras que las sanciones “se adoptan como reacción frente a conductas antijurídicas, desincentivándolas...las medidas cautelares responden con sustantividad propia a lo dispuesto en la normativa específica de control de la actividad aseguradora teniendo una finalidad en sí mismas”, lo cual las diferencia, incluso de las medidas provisionales reguladas por el artº 72 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1992, porque carecen de la discrecionalidad de éstas últimas ya que las medidas de control especial solo pueden ser adoptadas de entre las establecidas por la Ley y ante los supuestos legalmente previstos⁶⁰⁹. De igual modo se ha estimado hay que considerar las medidas de control especial como medidas independientes de cualquier otra y, en particular del sistema sancionador, de modo y manera que pueden ser previas a un expediente sancionador, coincidentes con él o a consecuencia de éste⁶¹⁰.

Por último, conviene destacar que mientras que la adopción de las medidas de control especial reviste carácter potestativo para la Administración (“podrá adoptar” dice el artº 39.1 de la Ley), la aplicación de las sanciones es de naturaleza imperativa una vez establecida la comisión de la infracción (“será impuesta, en todo caso, una de las siguientes sanciones:”, dispone el artº 41 de la Ley, para las infracciones muy graves y “se impondrá” para las graves y las leves).

A la vista de todo lo anterior, si bien las medidas de control especial carecen de naturaleza sancionadora, sí pueden ser encuadradas, como ha sido indicado por un sector de la doctrina,⁶¹¹ entre las técnicas concretas de intervención de empresas, entendiendo por tal la “potestad administrativa, extraordinaria, en cuya virtud, por razones de interés general previamente declaradas en una norma con rango de Ley, la Administración asume, mediante un acto singular, directa o indirectamente, y con carácter temporal, la gestión ordinaria o la liquidación de una empresa privada o participada por las administraciones públicas, con respeto de los derechos patrimoniales de los sujetos afectados”⁶¹². En este concepto pueden incluirse todas las medidas de control especial pues aunque, en un principio, puede parecer que las medidas consistentes en la presentación de planes de saneamiento, de financiación y de rehabilitación no encajan en el concepto por ser medidas que no suponen una traslación de la “capacidad de emprender”⁶¹³, tampoco estas medidas dejan intacta dicha capacidad ya que los indicados planes deberán ser ejecutados ateniéndose a la condiciones con que hayan sido aprobados por la Administración, sin que puedan ser libremente alterados por la entidad⁶¹⁴.

2.1.4 Concepto

En su día, las medidas cautelares fueron definidas como “aquellas que aplica la Administración para garantizar la efectiva tutela de los derechos de los asegurados

⁶⁰⁹ BILBATÚA, Luis. “Régimen cautelar y sancionador”. Op. cit. p. 155

⁶¹⁰ LINDE PANIAGUA, Enrique. “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora”, en “*Estudios de la Ley de...*”. Op. cit. p. 80.

⁶¹¹ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “*Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*”, pp. 235 y 236. Instituto García Oviedo. Marcial Pons. Madrid 1998.

⁶¹² GAMERO CASADO, Eduardo. “*La intervención de empresas. Régimen jurídico administrativo*”, p. 143. Madrid 1996.

⁶¹³ GAMERO CASADO, Eduardo. “*La intervención de empresas...*”. Op. cit. pp. 428 a 430.

⁶¹⁴ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “*Ordenación y Supervisión...*”. Op. cit. pp. 255 y 256.

cuando por motivos patrimoniales, financieros, técnicos o de gestión puedan llegar a peligrar o peligraren de hecho los intereses de aquellos”⁶¹⁵.

Como antes se indicó, tales medidas carecen de carácter sancionador, son adoptadas en defensa de los derechos de los asegurados para intentar prevenir situaciones graves de insolvencia. En consecuencia las medidas de control especial reguladas en el artº 39 de la Ley de Ordenación podrían también ser definidas como “acto administrativo de intervención de empresas, no sancionador, de finalidad preventiva, aplicable a entidades aseguradoras o a sociedades dominantes de un grupo consolidable de aseguradoras, cuando se produzcan los supuestos previstos por la Ley”.

2.2. Supuestos que justifican su aplicación

2.2.1. Supuestos del artº 39 de la Ley

El artº 39.1 de la Ley de Ordenación establece que “*la Dirección General de Seguros podrá adoptar las medidas de control especial*” contenidas en dicho artículo cuando las entidades aseguradoras se hallen en alguna de las situaciones de dificultad descritas por el propio precepto. Vemos como la competencia para adoptar las medidas de control especial está directamente atribuida por la Ley a la Dirección General de Seguros.

Tales situaciones pueden ser agrupadas en tres categorías: las de carácter económico financiero (que son la mayoría); las que afectan al fin social o a la actividad de los órganos sociales; y las fundamentadas en situaciones de hecho o deficiencias e irregularidades contables. A continuación pasamos a relacionar dichas medidas:

A. Situaciones de dificultad económico - financiera

El artº 39.1 de la Ley regula en sus letras a) a e) seis supuestos de aplicación de medidas en los cuales la situación de dificultad económica y financiera se presenta, bien a consecuencia de insuficiencia en el cálculo o la cobertura de provisiones técnicas, del margen de solvencia o del fondo de garantía, bien por pérdidas acumuladas, o bien por otro tipo de dificultades financieras o de liquidez. Tales supuestos son los siguientes:

1º. Déficit superior al cinco por ciento en el cálculo de cada una de las *provisiones técnicas* individualmente consideradas, salvo en la provisión técnica de prestaciones que será del quince por ciento; asimismo,

2º. Déficit superior al diez por ciento en la cobertura de las provisiones técnicas.

3º Insuficiencia del *margen de solvencia*.

4º. Que el margen de solvencia no alcance el *fondo de garantía* mínimo.

5º. *Pérdidas acumuladas* en cuantía superior al veinticinco por ciento de su capital social o fondo mutual desembolsados.

6º. *Dificultades financieras o de liquidez* que hayan determinado demora o incumplimiento en sus pagos.

⁶¹⁵ IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “Régimen cautelar y...”. Op. cit. p. 246.

B. Situaciones que afectan al fin social o a la actividad de los órganos sociales

Estas situaciones se encuentran previstas por la letra f) del precepto citado al considerar entre los supuestos para la posible adopción de medidas la “*imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento*”.

C. Situaciones de hecho e irregularidades en la contabilidad

La letra g) del artº 39.1 de la Ley incluye varios supuestos de aplicación de medidas incorporando a tales efectos las “*situaciones de hecho, deducidas de comprobaciones efectuadas por la Administración, que pongan en peligro su solvencia, los intereses de los asegurados o el cumplimiento de las obligaciones contraídas, así como la falta de adecuación de su contabilidad al Plan de Contabilidad de las entidades aseguradoras o irregularidad de la contabilidad o administración en términos tales que impidan o dificulten notablemente conocer la verdadera situación patrimonial de la entidad aseguradora*”.

El precepto contiene dos supuestos distintos. El primero se refiere a las “*situaciones de hecho, deducidas de comprobaciones efectuadas por la Administración, que pongan en peligro su solvencia, los intereses de los asegurados o el cumplimiento de las obligaciones contraídas*”. Este supuesto, idéntico al del artº 42.1.f) de la ley de 1984, ya fue criticado en su momento dado su alto margen de discrecionalidad, pues parece que podría darse la situación apta para adoptar medidas de control especial incluso en supuestos en que una entidad “cumpla los requisitos de capital social o fondo mutual, margen de solvencia y fondo de garantía”, así como el de tener “plenamente cubiertas sus reservas técnicas”, siendo cuestionada la posibilidad de que cumpliendo con todos los indicados requisitos pueda darse una situación de insolvencia⁶¹⁶. No obstante, sin pretender subestimar el contenido discrecional del precepto, que es absolutamente obvio, conviene poner de manifiesto que los supuesto de hecho de que ahora se trata deben ser constatados tras las comprobaciones oportunas efectuadas por la Administración, las cuales se habrán materializado normalmente mediante actuaciones de inspección, con lo cual aquella podrá disponer de toda la información necesaria que el caso requiera, y que, además, el precepto no exige la “insolvencia” de la entidad sino que los supuestos de hecho que puedan ser apreciados discrecionalmente por la Administración pongan “en peligro” dicha solvencia, quedando así resaltada la finalidad preventiva de la medida.

El segundo de los supuestos, que realmente encierra dos situaciones, está referido a la “*falta de adecuación de la contabilidad al Plan de Contabilidad de las entidades aseguradoras*” y a la “*irregularidad de la contabilidad o administración*”, en ambos casos “en términos tales que impidan o dificulten notablemente conocer la verdadera situación patrimonial de la entidad aseguradora”, la previsión legal, también idéntica a la de la Ley de 1984, fue considerada como un acierto ya que “tan grave como la existencia de un déficit patrimonial o más debe considerarse la imposibilidad de

⁶¹⁶ TIRADO SUAREZ F.J. “*Ley ordenadora del...*”. Op. cit. p. 226. Entendía el autor que debía haberse suprimido el precepto en la Ley de 1984, aunque reconoció que, en su conjunto, el texto había sido mejorado en el Senado al relacionar la falta de información contable con el conocimiento de la verdadera situación patrimonial de la entidad.

cuantificar en las actuaciones inspectoras con la necesaria precisión dicho déficit por anomalías en la gestión de la Sociedad inspeccionada, ya que la entidad aseguradora es una empresa financiera que no solo percibe por anticipado el precio del servicio que presta sino que, además, tiene que realizar su contraprestación en momentos de infortunio de su cliente; es decir la entidad ha de administrar fondos ajenos entregados a priori a consecuencia de contratos mercantiles celebrados bajo el principio de buena fe”, así , pueden presentarse conductas no deseables que “se suelen poner de manifiesto, por ejemplo, en la inexistencia de contabilidad oficial, en la falta de contabilización de determinadas operaciones, en la existencia de pasivos ocultos de trascendente importancia cuantitativa y cualitativa, o en la adopción de acuerdos perjudiciales para los intereses de los asegurados en materia, por ejemplo, de inversiones”⁶¹⁷.

Por lo que se refiere a las irregularidades contables conviene indicar que el artº 20 de la Ley de Ordenación dispone que la contabilidad de las entidades aseguradoras y la de sus grupos consolidables, se regirán por sus normas específicas y, en su defecto, por el C. de Comercio y por el Plan General de Contabilidad. El Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras, en su Primera Parte dedicada a los principios contables, y antes de desarrollar dichos principios, dispone que la aplicación de éstos “deberá conducir a que las cuentas anuales formuladas con claridad, *expresen la imagen fiel* del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad”, y que cuando la aplicación de un principio contable no sea compatible con la imagen fiel que deben mostrar las cuentas anuales “se considerará improcedente dicha aplicación”, con lo cual el reflejo de la imagen fiel se transforma en el principio fundamental de la elaboración de los estados contables. Pues bien está claro que la situación de irregularidades contables a las que hace referencia el supuesto de medidas de control especial que comentamos, enlaza directamente con la vulneración de las obligaciones contables antes indicadas cuyo cumplimiento es obligado como forma de poder conocer “la verdadera situación patrimonial” de la entidad. Tal posibilidad de descontrol contable, que impide el conocimiento de dicha situación patrimonial, aunque en sí no constituya prueba manifiesta de que exista insuficiencia patrimonial sí constituye, en cambio, una presunción *iuris tantum* de tal insuficiencia, presunción que podrá ser enervada mediante los análisis contables oportunos y las comprobaciones inspectoras a que haya lugar, pero, que mientras no lo sea, la Administración no puede permanecer inactiva, asumiendo el riesgo de que la situación de irregularidad contable no solo pueda encubrir realmente una insuficiencia patrimonial que pueda poner en peligro la solvencia de la entidad sino también, incluso, una efectiva situación de insolvencia.

D. Grupos consolidables de entidades aseguradoras

En este caso la Ley dispone en el último párrafo del artº 39.1 que las mismas medidas de control especial podrán adoptarse sobre las *entidades dominantes* de grupos consolidables de entidades aseguradoras y sobre las *propias entidades* aseguradoras que formen parte del grupo, cuando éste se encuentre en cualquiera de las situaciones que pueden ser causa de la imposición de tales medidas, con excepción de la situación de pérdidas acumuladas que superen el veinticinco por ciento del capital social o fondo mutual desembolsados.

⁶¹⁷ IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “Régimen cautelar y...”. Op. cit. p. 258.

2.2.2. Otros supuestos en que pueden adoptarse medidas de control especial: participaciones significativas irregulares y revocación de la autorización a entidad española

Además de los supuestos establecidos en el artº 39 de la Ley, ésta prevé la posibilidad de aplicar medidas de control especial en las situaciones previstas en los artículos 21, 51 y 80 de la misma.

A. Participaciones significativas irregulares

El artº 21 de la Ley que regula el régimen de adquisición o incremento de participaciones significativas, dispone en su nº 2 el procedimiento para obtener la conformidad previa de la Dirección General de Seguros, cuya oposición en su caso “*deberá fundarse en que el que pretenda adquirirla no sea idóneo para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad aseguradora*”. El nº 3 de dicho artículo establece que “*cuando se efectúe una de las adquisiciones o incrementos regulados en el número 2 precedente, incumpliendo lo dispuesto en el mismo, se producirán los siguientes efectos*”:

a) Suspensión, “*en todo caso y de forma automática*”, de los derechos políticos inherentes a las participaciones, nulidad de los ejercidos, en su caso, y legitimación de la Dirección General de Seguros para que impugne los acuerdos que pudieran haberse adoptado.

b) “*Si fuera preciso*”, se adoptarán medidas de control especial sobre la entidad aseguradora.

c) Se podrán imponer sanciones tanto a la entidad como a los administradores y directivos (arts. 41 y 42 de la Ley)

Así mismo, el nº 6 de dicho artº 21 dispone que “*cuando se acredite que los titulares de una participación significativa ejercen una influencia que vaya en detrimento de la gestión sana y prudente de una entidad aseguradora, que dañe gravemente su situación financiera, el Ministro de Economía (...), a propuesta de la Dirección General de Seguros, podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas*”:

a) *Las previstas en las anteriores letras a), b) y c) (...) si bien la suspensión de los derechos de voto no podrá exceder de tres años.*

b) *Con carácter excepcional, la revocación de la autorización*”.

Como se indicó anteriormente el artº 21.3.b) establece que las medidas especiales se podrán imponer “*si fuera preciso*”, expresión que, en opinión de un sector de la doctrina, se matiza en el nº 6 de dicho artículo que la aclara “*entendiendo por tal cuando los titulares de la participación ejerzan una influencia que vaya en detrimento de la gestión sana y prudente de tal forma que se dañe gravemente la situación financiera*”⁶¹⁸.

⁶¹⁸ BILBATÚA, Luis. “Régimen cautelar y sancionador”. Op. cit. p. 160. Vid. también NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “Ordenación y Supervisión...”. Op. cit. p. 229. Nota 237.

De lo anterior podría deducirse que las citadas medidas del nº 3 del artº 21 solo podrán imponerse cuando se reúnan las circunstancias previstas en el nº 6 de dicho precepto, con lo cual podría darse la impresión de que se trata de un solo supuesto. Pensamos que ello no es así y que estamos ante situaciones diferentes que tienen autonomía propia. Las medidas del citado nº 3 del artº 21 están previstas para cuando se posean participaciones significativas incumpliendo lo previsto al efecto por su nº 2, que no es otra cosa que la obligación de informar previamente a la Dirección General de Seguros y esperar a que dicho Órgano manifieste su conformidad o su oposición a lo largo del plazo de tres meses que la norma concede. Transcurrido dicho plazo sin un acto expreso, favorable o desfavorable, opera el silencio positivo y podrá realizarse la adquisición o incremento de la participación significativa. Pues bien, las consecuencias previstas en el citado nº 3, entre las que se incluye la posibilidad de adoptar medidas de control especial, estimamos que solo podrán producirse cuando se proceda a realizar la adquisición o el incremento de la participación significativa bien sin haber informado previamente a la Administración o bien antes de transcurrir dicho plazo sin mediar conformidad de la misma. En esta situación el “si fuera preciso” del artº 21.3.b) debe ser puesto en conexión con la posibilidad de que la Dirección General de Seguros pudiera haber estimado oportuno no dar su conformidad a la operación cuando quien pretenda adquirir la participación significativa *“no sea idóneo para garantizar una gestión sana y prudente de la entidad aseguradora”*, única causa por la que, según el nº 2 de dicho artículo, la citada Dirección General puede oponerse a la adquisición, siendo éste precepto el que, entendemos, que da soporte al mencionado “si fuera preciso” sin que sea necesario recurrir para ello al nº 6 del propio artº 21.

Por su parte, consideramos, que el indicado nº 6 lo que contempla es la situación en que en el caso de una adquisición o incremento de participación significativa -previamente adquirida sin oposición de la Dirección General de Seguros y cumpliendo los requisitos del nº 2 del artº 21- *“se acredite”*, posteriormente, que los titulares de la misma *“ejercen una influencia que vaya en detrimento de la gestión sana y prudente de una entidad aseguradora, que dañe gravemente su situación financiera”*. Mientras que en el caso del nº 3 b) la oposición de la Administración se fundamenta en una “falta de idoneidad” que deberá estar justificada pero que no ha causado ningún daño a la entidad, en el caso del nº 6 lo que debe quedar “acreditado” es que los titulares de la participación “ejercen” realmente “una influencia” que yendo en detrimento de una gestión sana y prudente daña gravemente la situación financiera de la entidad. Estamos aquí ante hechos acreditados que, siendo impropios de esa gestión sana y prudente, causan un daño grave en dicha situación financiera y no, como en el caso del supuesto del nº 3, ante una estimación de falta de idoneidad que aún debiendo estar motivada no ha generado ningún daño concreto a la entidad. Ello explica que, en el caso del nº 6 las consecuencias puedan ser más graves ya que, además de todos los efectos previstos para la situación del nº 3, puede acordarse la revocación de la autorización administrativa, y, además, las posibles medidas a adoptar, incluidas las de control especial, lo son por el Ministro de Economía a propuesta de la Dirección General de Seguros, mientras que en los supuestos del nº 3, por incumplimiento del procedimiento establecido en el nº2, al no disponer el precepto nada en contra debe estimarse que la competencia para la adopción de las medidas de control especial es de la Dirección General de Seguros, por aplicación de lo que con carácter general establece al efecto el artº 39.1 de la Ley de

Ordenación que dispone que es dicho Órgano el competente para adoptar las medidas de control especial.

B. Entidades españolas que operen en el Espacio Económico Europeo

Como quedó indicado en su momento, el sistema de licencia única tiene como consecuencia que la autorización otorgada por la Autoridad de Supervisión del país donde radique el domicilio social de la entidad habilita para operar en todo el Espacio Económico Europeo, bien en régimen de derecho de establecimiento o bien en régimen de libre prestación de servicios. Ello implica, además, que cada entidad esté sometida a la supervisión de dicha Autoridad, con independencia del número de países en los que realice operaciones y el régimen en que pueda desarrollar las mismas en cada uno de ellos.

Por ello, el artº 51.1 de la Ley de Ordenación dispone que cuando se acuerde la *revocación* de la autorización administrativa a una entidad aseguradora española, que opere en cualquiera de los regímenes antes mencionados, dicha revocación será notificada por la Dirección General de Seguros a las autoridades supervisoras de los restantes Estados miembros, y que en tal caso *“con el objeto de salvaguardar los intereses de los asegurados, en colaboración con las referidas autoridades, podrá adoptar las medidas de control especial”* reguladas la Ley.

En tal caso, además, el artº 51.3 de la Ley establece que cuando se adopte sobre una entidad aseguradora española la medida de control especial de prohibición de disponer de los bienes *“la Dirección General de Seguros informará a las autoridades supervisoras de los demás Estados miembros y, en su caso, solicitará (...) que adopten sobre los bienes situados en su territorio las mismas medidas que la Dirección General de Seguros hubiere adoptado”*.

Se trata, en consecuencia, de que mediante la colaboración de la Autoridades de Supervisión de los países en los que la entidad española realice operaciones, puedan aplicarse las medidas de control especial adoptadas por la Dirección General de Seguros

C. Entidades no españolas, domiciliadas en países del Espacio Económico Europeo, que operen en España.

Por razones idénticas a las citadas en el supuesto anterior la Dirección General de Seguros debe prestar la debida colaboración cuando le sea solicitada por las Autoridades de supervisión de cualquiera de los países miembros del referido Espacio Económico respecto de las entidades de las mismas que operen en España en alguno de los regímenes antes indicados.

Por ello el artº 80.1 de la Ley prevé que cuando a alguna de dichas entidades le sea revocada la autorización administrativa por la autoridad respectiva, la Dirección General de Seguros prohibirá a dicha entidad aseguradora la contratación en España de nuevos seguros en ambos regímenes, supuesto en el que, además, *“la Dirección General de Seguros podrá adoptar, en colaboración con la referida autoridad, las medidas de control especial reguladas en el artículo 39”* de la Ley.

También establece el artº 80.3 que si la Autoridad supervisora correspondiente hubiere adoptado la medida de control especial de prohibición de disponer, la Dirección General de Seguros, a solicitud de dicha Autoridad, adoptará en España dicha medida.

2.3. Tipología de las medidas de control especial

Siguiendo a un sector de la doctrina⁶¹⁹ podemos clasificar las medidas de control especial en medidas específicas, previstas para supuestos concretos, y medidas generales, que pueden ser aplicadas conjunta o separadamente y en cualquiera de los supuestos establecidos por la Ley.

El artº 39.2 de la Ley dispone que “*con independencia de la sanción administrativa que, en su caso, proceda imponer, las medidas de control especial podrán consistir*” en las que a continuación se indican:

2.3.1. Medidas específicas

A. Limitaciones a la libre disposición de bienes

El artº 39.2.a) de la Ley establece como primera de las medidas de control especial que pueden ser adoptadas la de “*prohibir la disposición de los bienes que se determinen*”. Se trata de una medida que tiene como finalidad la conservación del patrimonio de la entidad, evitando el empeoramiento de la situación económica y financiera de la misma y que debe afectar a bienes determinados y concretos, no siendo posible una prohibición genérica de disponer.

De acuerdo con el indicado precepto esta medida podrá adoptarse cuando la entidad incurra en cualquiera de las situaciones descritas en las letras *a) y c) a g)* del nº 1 del artº 39 anteriormente comentadas, “*y también, si la Dirección General de Seguros considera que la posición financiera de la entidad aseguradora va a seguir deteriorándose, en los supuestos de la letra b) de dicho número 1*”, la cual se refiere a la situación de “*insuficiencia del margen de solvencia*”. La redacción de este último inciso significa de hecho que la medida que nos ocupa puede ser utilizada en todos los supuestos del artº 39.1 de la Ley con lo cual, en principio, la redacción parece que podría haber sido más sencilla⁶²⁰ y pueden no entenderse muy bien las razones para hacer mención independiente a la indicada letra c).

Pero, estimamos, que cuando el precepto liga la aplicación de la medida a que la dirección General de Seguros considere “*que la posición financiera de la entidad aseguradora va a seguir deteriorándose*”, está dando a entender que solo cuando se produzca tal circunstancia podrá ser aplicada la medida en el supuesto de insuficiencia del margen de solvencia, valoración que encierra un indudable margen de discrecionalidad. Conviene tener en cuenta que la situación de “*insuficiencia en el margen de solvencia*”, a que se refiere el artº 31.1 b), no contiene ningún límite cuantitativo y que en la misma caben situaciones tanto de pequeñas como de importantes insuficiencias. Así, puede pensarse que, en sí misma, la situación de insuficiencia en el margen de solvencia no es *per se* merecedora de la aplicación de esta

⁶¹⁹ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “*Ordenación y Supervisión...*”. Op. cit. p. 230.

⁶²⁰ Vid. al respecto BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “*Ley del...*”. Op. cit. p. 234.

medida de control especial y que solo cuando la insuficiencia revista una importancia cuantitativa y/o cualitativa tal que el deterioro financiero de la entidad no pueda ser paralizado será cuando el Órgano de control podrá imponer la prohibición de disponer de determinados bienes, previa valoración conjunta o individual tanto de la cuantía de la insuficiencia como de la calidad de las partidas patrimoniales que puedan entrar en juego en la cobertura del margen. Evidentemente, como se ha dicho, la valoración y apreciación de las circunstancias que concurren en cada caso, para establecer si el deterioro financiero de la entidad es o no susceptible de corrección, incorpora una indudable potestad discrecional para la Administración que, no obstante, no podrá adoptar la medida en supuestos injustificados e innecesarios ante los cuales siempre cabrá acudir a la revisión del acto en vía administrativa y, en su caso, al correspondiente control jurisdiccional.

La adopción de la medida de prohibición de disponer sobre determinados bienes hace entrar en juego las previsiones del artº 59 de la Ley quedando dichos bienes afectos al crédito singularmente privilegiado que dicho artículo reconoce a favor de asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados.

El indicado artº 39.2.a), además de la referida medida que limita directamente la capacidad de libre disposición de los bienes, establece también que dicha medida podrá completarse con otras que, no afectando a la capacidad de disponer, bien pueden constituir limitaciones al ejercicio de los derechos inherentes a la plena propiedad de los bienes, en tanto que pueden bien imponer restricciones a la libre guarda, custodia y administración de los mismos, bien pueden establecer mecanismos de publicidad para conocimiento de terceros e impedir que los bienes puedan ser afectados por cargas reales o embargos, o bien pueden disponer la aplicación de la medida sobre bienes situados en otros países miembros del Espacio Económico Europeo en los que la entidad desarrolle actividad.

A tales efectos el precepto comentado dispone que la medida de prohibición de disponer de bienes determinados “*podrá completarse*” con las siguientes:

1ª. El depósito de los valores y demás bienes muebles o la administración de los bienes inmuebles por persona aceptada por la Dirección General de Seguros.

2º. Las medidas precisas para que la prohibición de disponer tenga eficacia frente a terceros:

a) Mediante la notificación a las entidades de crédito depositarias de efectivo o de valores y,

b) Mediante la anotación preventiva de la prohibición de disponer en los Registros públicos correspondientes, a cuyos efectos será título la resolución de la Dirección General de Seguros en que se acuerde la referida prohibición de disponer. Durante la vigencia de la anotación preventiva no podrán inscribirse en los Registros públicos derechos reales de garantía ni anotarse mandamientos judiciales o providencias administrativas de embargo.

3ª. Solicitar a las autoridades supervisoras de los restantes Estados miembros del Espacio Económico Europeo que adopten sobre los bienes de la entidad aseguradora situados en su territorio las mismas medidas que la Dirección General de Seguros hubiere adoptado en España.

B. Plan de saneamiento

El artº 39.2.b) de la Ley dispone que en el supuesto de “insuficiencia del margen de solvencia” (del artº 39.1.b) la Dirección General de Seguros podrá “*exigir a la entidad aseguradora un plan de saneamiento para restablecer su situación financiera*”, plan que deberá ser sometido a la aprobación de dicha Dirección General.

C. Plan de financiación a corto plazo

El artº 39.2.c) de la Ley establece que cuando se produzca la situación en la que “el margen de solvencia no alcance el fondo de garantía mínimo, se podrá “*exigir a la entidad aseguradora un plan de financiación a corto plazo*”, que también deberá ser sometido a aprobación de la Dirección General de Seguros.

2.3.2. Medidas generales de control especial

La Ley dispone, así mismo, en su artº 39.2.d) que en todos los supuestos de adopción de medidas de control especial y “*con objeto de salvaguardar los intereses de los asegurados,*”, se podrá adoptar “*conjunta o separadamente*” cualquiera de las siguientes medidas:

1ª. Suspender la contratación de nuevos seguros o la aceptación de reaseguro.

Esta medida es, sin duda, de una extrema gravedad pues la paralización de la contratación, si se mantiene durante un periodo prolongado, puede conducir a la liquidación de la entidad. Así, como ha señalado un sector de la doctrina⁶²¹, esta medida “significa, poco menos, que prohibir nadar a quien se está ahogando. Ya que la prohibición de hacer nuevos contratos tenía (y tiene) una doble función: una presión sobre los órganos de la entidad y la salvaguardia de los eventuales asegurados. Pero esta combinación –como se ha dicho justamente– es explosiva y no puede funcionar sino en casos excepcionales, pues sin nuevos contratos y sin posibilidad de prórroga de los existentes, difícilmente puede sanarse la empresa, que se ve llamada a la disolución e inmediata liquidación⁶²². Y una vez que se vislumbra la liquidación de la entidad aseguradora, se produce la estampida de los asegurados y de los Agentes, que con su propia cartera tratan de buscar cobijo al amparo de otro asegurador. Cuando este proceso se inicia, con la natural presión de los empleados del asegurador en crisis, se desata un proceso liquidatorio que no satisface a nadie”. La medida ahora analizada se ha considerado que solo debe ser utilizada en aquellos casos en que la entidad

⁶²¹ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación, disolución y liquidación”, en “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*”. Tomo II. pp. 11 y 12. CUNEF. Madrid 1988.

⁶²² SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación, disolución y liquidación”, op. cit. p. 12. CUNEF. Madrid 1988, citando a VOLPE PUTZOLU, G., en “Controllo e risanamento delle imprese di assicurazione dopo la legge n. 576 de 1982”. *Riv. Dir. Civ.* Num. 6, 1983, 667 y sig.

aseguradora venga afectada por una insuficiencia patrimonial, derivada de una política expansionista irreal y absurda⁶²³.

Estas consideraciones sobre la gravedad de las consecuencias que puede desencadenar la prohibición de concertar nuevas operaciones son ciertas y dignas de ser tenidas en cuenta. Pero no puede olvidarse que cuando resulte aconsejable la adopción de dicha medida siempre nos encontraremos ante una disyuntiva de motivaciones normalmente incompatibles: por un lado el interés de la entidad, que si ve cerrada su capacidad de crecimiento durante demasiado tiempo puede entrar en una situación de deterioro económico y financiero que haga imposible su recuperación y normalización económica y, por otro lado, el interés de los posibles futuros asegurados que lo estarían en una entidad que, normalmente, no tienen garantías suficientes para asumir sus compromisos con los asegurados ya existentes al adoptar la medida de control. Creemos que en este caso debe primar el interés de estos últimos no consintiendo el crecimiento de la entidad sin garantías de que el mismo se desarrollará dentro de la normalidad económica, técnica y financiera y evitando la incorporación de nuevos asegurados que no tendrían adecuadamente garantizados los riesgos contratados.

2ª. Prohibir la prórroga de los contratos de seguro celebrados por la entidad aseguradora en todos o alguno de los ramos.

La prohibición de prorrogar los contratos, especialmente si afecta a todos los ramos, es una medida que posee los mismos caracteres que la de prohibir la realización de nuevos contratos, por lo cual nos remitimos en general a lo comentado en esta última. Cuando se adopte la medida de prohibir la prórroga de los contratos de seguro, la entidad aseguradora deberá comunicar por escrito a los asegurados la prohibición de la prórroga del contrato en el plazo de quince días naturales desde que reciba la notificación de esta medida de control especial; en este caso, quedará reducido a quince días naturales el plazo de dos meses anterior a la expiración del contrato para oponerse a la prórroga tácita del mismo (artículo 22 de la Ley de Contrato de Seguro).

3ª. Prohibir a la entidad aseguradora que, sin autorización previa de la Dirección General de Seguros, pueda realizar los actos de gestión y disposición que se determinen, distribuir dividendos, derramas activas y retornos, contratar nuevos seguros o admitir nuevos socios.

La prohibición contenida en este precepto afecta a tres supuestos: la realización de determinados actos de disposición y gestión; la distribución de resultados por vía de dividendos (sociedades anónimas), derramas activas (mutuas y mutualidades de previsión social) o retornos (cooperativas); y la contratación de nuevos seguros o admisión de nuevos socios. Los dos últimos supuestos tienen un contenido claro, mientras que el primero de ellos requerirá para su concreción una expresa declaración de la Administración determinando qué clase de actos de gestión o disposición son los afectados por la medida.

No se trata en estos supuestos de una prohibición radical de hacer, como sí ocurre en los dos casos anteriormente tratados, sino de exigir que para la realización de determinados actos o actividades se deba contar previamente con la autorización de la

⁶²³ TIRADO SUAREZ F.J. “Ley ordenadora del...”. Op. cit. pp. 227 y 228.

Dirección General de Seguros. Esta última posibilidad pone de manifiesto que en ciertos supuestos como el de la contratación de nuevos seguros la Ley establece dos niveles de intensidad en la intervención: uno, mediante la absoluta prohibición de llevar a cabo la contratación y, otro, consintiendo ésta pero exigiendo la previa autorización de la Administración.

Por último conviene recordar que el artº 19.2 de la Ley dispone que en los casos de insuficiencia en la cobertura de provisiones técnicas o de que el margen de solvencia o el fondo de garantía no alcancen el mínimo legal dicho precepto prohíbe, entre otras actividades, la distribución de dividendos o derramas. Pues bien, como ha sido señalado⁶²⁴, en estos casos en que la referida prohibición legal es taxativa y sin condición de ningún tipo, no será de aplicación este supuesto de medidas de control especial que permite la distribución de dividendos o derramas si la Dirección General de Seguros lo autoriza previamente.

4ª. Prohibir el ejercicio de la actividad aseguradora en el extranjero, cuando tal actividad contribuya a que la entidad aseguradora se encuentre en alguna de las situaciones que pueden dar lugar a la aplicación de medidas de control especial.

Esta medida fue criticada⁶²⁵, bajo su formulación en la Ley de 1984, por considerar que se dan facultades al Órgano de Control que pueden alterar la estructura de la entidad, no entendiéndose del todo por qué puede prohibirse una “*sucursal*” en el extranjero y no en España cuando ésta última puede ser más deficitaria.

Conviene señalar que la Ley habla de prohibir “la actividad” cuando ésta contribuye a la producción de la situación de medidas de control especial, circunstancia que será requisito indispensable para poder adoptar la medida y que no hace referencia a “*sucursales*” ni a cualquier otra forma en que la entidad tenga estructurado su negocio en el extranjero. Evidentemente puede resultar llamativo que si se adopta únicamente esta medida una entidad pueda tener prohibida la actividad en el extranjero y no en España. Pero puede haber dos argumentos que justifiquen tal proceder: uno, que la actividad en el extranjero sea la causante de la situación, en cuyo caso debe ser paralizada para no agravar más las consecuencias y, otro, que mientras que la actividad en España puede ser objeto de un control inmediato por parte de la Administración, no ocurre lo mismo con la actividad en el extranjero y puede resultar aconsejable actuar sobre la misma, retrasando la posible intervención sobre la actividad en España para cuando se considere necesario.

5ª. Exigir a la entidad aseguradora un plan de rehabilitación en el que proponga las adecuadas medidas administrativas, financieras o de otro orden, formule previsión de los resultados y fije los plazos para su ejecución, a fin de superar la situación que dio origen a dicha exigencia, que deberá ser sometido a aprobación de la Dirección General de Seguros.

En la derogada Ley de 1984 se establecía el plazo de un mes para presentar el plan, con un máximo de tres años para cumplirlo. La Ley de Ordenación vigente ha suprimido los plazos indicados lo cual puede ser interpretado no tanto como un mayor

⁶²⁴ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “*Ordenación y Supervisión...*”. Op. cit. p. 232.

⁶²⁵ TIRADO SUAREZ F.J. “*Ley ordenadora del...*”. Op. cit. pp. 229.

margen de actuación para la Administración⁶²⁶, sino como un signo de flexibilidad que puede ir en beneficio de la entidad⁶²⁷. Hay que tener en cuenta que la complejidad de la confección de un plan de rehabilitación, que puede incluir medidas de todo tipo que afecten a todas las áreas de funcionamiento de la entidad, puede requerir plazos superiores al mes concedido en el anterior normativa o aconsejar plazos de aplicación superiores a los tres años, en función de la situación planteada en cada caso.

6ª. Ordenar al consejero delegado o cargo similar de administración que dé a conocer a los demás órganos de administración la resolución administrativa adoptada y, en su caso, el Acta de inspección.

Se trata de una medida de publicidad tendente a garantizar que los órganos de administración de la entidad, Consejo de Administración u órgano similar, tengan conocimiento de las medidas adoptadas y, en su caso, del acta de inspección que pueda haberse producido, evitando dilaciones por parte del órgano unipersonal que puedan retrasar la adopción de las medidas pertinentes por falta de conocimiento de los demás órganos de administración. Opinamos que, en este caso, aunque el precepto se refiere a los “órganos de administración” deben considerarse incluidas las Juntas o Asambleas generales de socios en tanto que órganos supremos de gobierno de las entidades, pues puede ocurrir que si bien la Administración, como veremos a continuación, puede convocar directamente tanto a los órganos de administración como a las Juntas o Asambleas para dar cuenta de la situación, considere oportuno que sean los órganos de la propia entidad los que procedan a informar a dicha Junta o Asamblea, previa su convocatoria de acuerdo con la normativa aplicable al respecto.

7ª. Convocar los órganos de administración o a la junta o asamblea general de la entidad aseguradora, designando la persona que deba presidir la reunión y dar cuenta de la situación.

Es una medida que se comenta por sí sola, y que será adoptada de oficio cuando la Administración estime que no existen garantías de que los demás órganos de la entidad pongan la situación de la misma en conocimiento de lo órganos superiores, con las debidas amplitud y prontitud que el caso requiera. La posibilidad de convocar la Junta o Asamblea es una novedad de la actual Ley de Ordenación, ya que el artº 42.2.g) de la Ley de 1984 solo preveía la convocatoria del órgano de administración, lo cual fue en su momento objeto de crítica⁶²⁸.

8ª. Sustituir provisionalmente los órganos de administración de la entidad.

La anterior Ley de 1984 contemplaba en su artº 42.2.h)⁶²⁹ la posibilidad de “suspender en sus funciones a los administradores”, medida que fue, en su día, considerada como una prueba de que la indicada Ley no solo se encaminaba al

⁶²⁶ BILBATÚA, Luis. “Régimen cautelar y sancionador”. Op. cit. p. 164.

⁶²⁷ Vid. NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “Ordenación y Supervisión...”. Op. cit. p. 233.

⁶²⁸ IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “Régimen cautelar y...”. Op. cit. p. 260.

⁶²⁹ Redacción dada por la D.A. Primera, apartado tercero, de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. La redacción original del precepto se refería a la “suspensión en sus funciones de todos o algunos de los administradores”.

saneamiento de las entidades sino también al de las personas responsables de las irregularidades cometidas⁶³⁰.

La Ley vigente no habla de “suspensión” sino de “sustitución”, lo cual significa que los administradores sustituidos dejan de serlo plenamente y que en caso de que la medida sea levantada no volverán a ejercer sus cargos, sino que deberá procederse a un nuevo nombramiento de administradores⁶³¹.

De conformidad con el artº 39.4 de la Ley la sustitución provisional de los órganos de administración de la entidad aseguradora se ajustará a lo siguiente:

Primero. Contenido de la resolución, publicación e inscripción

La resolución administrativa designará la persona o personas que hayan de actuar como administradores provisionales e indicará si deben hacerlo mancomunada o solidariamente.

La referida resolución, tiene “*carácter inmediatamente ejecutivo*”, deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado e inscrita en los Registros públicos correspondientes, dicha publicación determinará la eficacia de la resolución frente a terceros. A idénticos requisitos y efectos se sujetará la sustitución de administradores provisionales cuando fuera preciso proceder a ella.

Segundo. Requisitos de los administradores provisionales

Los administradores provisionales habrán de reunir los requisitos de honorabilidad, y cualificación o experiencia exigidos a las personas que lleven la dirección efectiva de las entidades aseguradoras, según lo dispuesto para estas últimas por el artículo 15 de la Ley.

Tercero. Facultades especiales de los administradores

Los administradores provisionales tendrán el carácter de interventores respecto de los actos y acuerdos de la junta o asamblea generales de la entidad aseguradora. También tendrán las facultades reconocidas por el artº 39.3 de la Ley, a los Interventores del Estado en la entidad, relativas a la revocación de poderes y delegaciones y a la solicitud de devolución de los documentos en que consten los mismos

Cuarto. Suspensión temporal de la formulación de las cuentas anuales

La obligación de formular las cuentas anuales de la entidad aseguradora y la aprobación de éstas y de la gestión social podrán quedar en suspenso, por plazo no superior a un año a contar desde el vencimiento del plazo legalmente establecido al efecto, si la Dirección General de Seguros estimare, a solicitud de los administradores provisionales, que no existen datos o documentos fiables y completos para ello.

⁶³⁰ IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “Régimen cautelar y...”. Op. cit. p. 261.

⁶³¹ BILBATÚA, Luis. “Régimen cautelar y sancionador”. Op. cit. p. 165.

Quinto. Efectos del cese de la medida de control especial

Acordado por la Dirección General de Seguros el cese de la medida de sustitución provisional de los órganos de administración de la entidad, los administradores provisionales procederán a convocar inmediatamente la junta o asamblea general de la entidad aseguradora, en la que se nombrará el nuevo órgano de administración. Hasta la toma de posesión de éste, los administradores provisionales seguirán ejerciendo sus funciones.

2.3.3. Intervención de la entidad

El artº 39.3 de la Ley de Ordenación dispone como medida de control especial *complementaria* de las demás, la Dirección General de Seguros podrá acordar “...*la intervención de la entidad aseguradora para garantizar el correcto cumplimiento de las mismas*”. Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo VII sobre esta modalidad de intervención.

2.4. Procedimiento administrativo

2.4.1. Tipos de procedimiento

El artº 39.5 de la Ley dispone que las medidas de control especial podrán ser adoptadas en el seno de dos procedimientos: el tramitado con arreglo a las *normas comunes* o el substanciado con arreglo a las normas del *procedimiento de ordenación y supervisión por inspección*, según proceda. En el primer caso nos encontramos ante el procedimiento general regulado en la ley de Procedimiento Administrativo de 1992⁶³², al cual remite el artº 70.3 de la propia Ley de Ordenación. En el segundo supuesto se trata del procedimiento especial previsto por el artº 72.7 de esta última Ley.

2.4.2. Peculiaridades aplicables a ambos procedimientos

No obstante la posible dualidad de procedimientos, el referido artº 39.5 señala que “*en ambos casos*” se estará a las siguientes peculiaridades:

Primera. Tramitación de un solo procedimiento

El artº 39.5. a) dispone que “*sólo se tramitará un procedimiento por cada entidad aseguradora de modo que, habiéndose adoptado medidas de control especial sobre una entidad aseguradora y siendo preciso, en virtud de comprobaciones o inspecciones ulteriores, acordar nuevas medidas, sustituir o dejar sin efecto, total o parcialmente, las ya adoptadas, la ratificación o cesación de estas últimas, según proceda, serán incorporadas a la resolución en la que se adopten las nuevas medidas de control especial*”.

Este precepto puede ser interpretado de dos formas. Un sector de la doctrina considera que el sentido de la norma es el de que “no es necesario tramitar procedimientos separados y distintos para, *por un lado*, adoptar nuevas medidas de

⁶³² Ley 30/1992, de 23 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común.

control especial, sustituir las ya acordadas por otras o dejar sin efecto total o parcialmente las ya dispuestas y, *por otro lado*, para ratificar o cesar la ya adoptadas. Por consiguiente bastará con la instrucción de un solo procedimiento (que es el procedimiento para acordar las nuevas medidas, sustituir las ya adoptadas o dejarlas sin efecto para modificar la situación de la entidad en el sentido expresado por la norma (esto es, para en ese mismo procedimiento ratificar o cesar las que ya estaban previstas). Otra interpretación distinta podría concluir con la inconstitucionalidad de la disposición”.⁶³³ Y ello debido a que, por ejemplo, “...si se entendiese que una vez adoptada una medidas de control especial, la entidad queda sujeta a una suerte de vínculo tal con la Administración que le permite a ésta modificar una y otra vez su situación sin necesidad de tramitar procedimiento alguno, bastando, por consiguiente, con el primer procedimiento instruido para la adopción de la primera medida de control especial. Si así fuera, no sería necesario dar audiencia a la entidad ni ofrecerle la posibilidad de efectuar alegaciones antes de acordar nuevas medidas, sustituir o dejar sin efecto total o parcialmente las ya adoptadas, lo que generaría evidentemente la indefensión de la entidad”⁶³⁴. Esta interpretación significa realmente la necesidad de dos procedimientos: uno para la adopción de las primeras medidas y otro para, en su caso, adoptar medidas posteriores y decidir sobre el cese o mantenimiento de las primeras, lo cual no se corresponde con el mandato legal de que “*sólo se tramitará un procedimiento por cada entidad aseguradora*”.

Otra corriente interpretativa estima que al exigir un único procedimiento para cada entidad de seguros “lo que la Ley pretende es que, en lo relativo a la adopción o no de medidas de control especial, la actividad de la Administración tenga lugar en un único procedimiento en que, una vez iniciado y mientras no se dicte la resolución de cese de la medida, cualquier actividad de control posterior se remita al procedimiento iniciado, de modo que la Administración se obligue a comprobar las medidas adoptadas anteriormente, pronunciándose sobre si procede que cesen o que continúen y si es preciso añadir nuevas medidas, expresándose dichas circunstancias en la correspondiente resolución”. Lo anterior conlleva que si la incoación de un procedimiento finaliza con la no imposición de medida alguna, podrá incoarse otro si concurren las circunstancias adecuadas para ello, pero también significa que una vez impuesta una medida de control especial no será necesario incoar formalmente un nuevo procedimiento, de forma que las resoluciones posteriores que puedan adoptarse lo serán en el seno del procedimiento ya iniciado.⁶³⁵

Pensamos que esta última interpretación es la más acorde con la literalidad y la finalidad de la norma, ya que esta lo que pretende es que cuando una entidad se encuentre en circunstancias de las que puedan derivarse la aplicación de medidas de control especial, la supervisión de dicha situación se efectúe bajo una especie de control formal permanente, que obligue a tener presente en cada momento la situación global de la entidad para que el mantenimiento o no de las medidas adoptadas y la posible adopción de nuevas medidas pueda llevarse a cabo contemplando de forma unitaria en cada momento la posible situación cambiante de la entidad. La unidad de procedimiento

⁶³³ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “*Ordenación y Supervisión...*”. Op. cit. pp. 238 y 239.

⁶³⁴ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “*Ordenación y Supervisión...*”. Op. cit. p. 239, nota 274.

⁶³⁵ Vid. LINDE PANIAGUA, Enrique. “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora”, en “*Estudios de la Ley de...*”. Op. cit. pp. 85 y 86.

referida, necesaria especialmente si tenemos en cuenta que las medidas de control especial son normalmente compatibles entre sí, implica la aplicación del principio de economía procesal y puede redundar en beneficio tanto de la propia entidad, a la cual se le tratará en cada momento del procedimiento sin posibilidad de que quede en el olvido alguna de las actuaciones previamente realizadas, y en beneficio de los intereses tutelados de tomadores y asegurados que podrán tener la garantía de que la Administración contemplará en todo momento la situación completa de la entidad, adoptando las medidas oportunas según los casos. También pensamos que no tiene por qué producirse indefensión de la entidad pues la unidad de procedimiento no tiene por qué significar de plano la eliminación del trámite de audiencia y de formulación de alegaciones cuando se trate de imponer una nueva medida de control especial, pues en los casos generales dichos trámites deberán ser respetados, salvo que se trate de supuestos excepcionales en los que, como más adelante trataremos, puede prescindirse del trámite de audiencia, si bien la resolución así adoptada en este último caso deberá posteriormente ser ratificada en procedimiento posterior en el que ha de ser cumplido dicho trámite.

Segunda. Adopción de medidas provisionales

El artº 39.5.b) admite que una vez *iniciado* el procedimiento de adopción de medidas de control especial, “*la Dirección General de Seguros podrá adoptar, como medidas provisionales*”, las referidas en el artº 39.2. a) y d): prohibición de disponer de bienes determinados y cualquiera de las ocho medidas anteriormente denominadas como “generales”. Tal adopción de medidas provisionales se podrá realizar “*siempre que concurran los requisitos del artículo 72 de la Ley (...) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”, precepto que en su nº 1 permite la adopción de tales medidas “*para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello*”, y que en su nº 3 dispone que “*no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes*”.

No obstante, conviene indicar que un sector de la doctrina ha criticado que puedan adoptarse como medidas provisionales para garantizar la eficacia de la resolución aquellas en que puede consistir la propia resolución misma⁶³⁶.

Tercera. Ausencia del trámite de audiencia, en casos excepcionales

El artº 39.5.c) establece que “*excepcionalmente, podrá prescindirse de la audiencia de la entidad aseguradora afectada cuando tal trámite originara un retraso tal que comprometa gravemente la efectividad de la medida adoptada, los derechos de los asegurados o los intereses económicos afectados*”.

Se trata de una previsión de extremada gravedad ya que supone la adopción de las medidas de control especial sin que la entidad afectada pueda ser oída. Por ello la propia Ley restringe tal supuesto a aquellos casos en que el cumplimiento del trámite de audiencia origine un retraso tal que comprometa *gravemente* la efectividad de la medida, los derechos de los asegurados o los intereses económicos afectados,

⁶³⁶GAMERO CASADO, Eduardo. “*La intervención de empresas...*”. Op. cit. p. 436.

“gravedad” que debe ser predicable de los tres supuestos indicados. También la doctrina ha señalado que este precepto debe tener una interpretación restrictiva⁶³⁷.

Consciente de la gravedad de la medida y aunque con ello no se remedia la situación calificada como de indefensión por un sector de la doctrina⁶³⁸, la Ley dispone que cuando se aplique tal supuesto “*la resolución que adopte la medida de control especial deberá expresar las razones que motivaron la urgencia de su adopción y dicha medida deberá ser ratificada o dejada sin efecto en procedimiento tramitado con audiencia del interesado*”. Obliga, pues, la norma a motivar y justificar las razones que condujeron a la adopción urgente de la medida, la cual deberá ser ratificada o anulada en procedimiento posterior tramitado con audiencia del interesado. Conviene tener en cuenta que las razones para aplicar la excepcional previsión de la Ley deben ser poderosas y de naturaleza grave ya que, con independencia de que solo excepcionalmente la adopción de medidas de control especial es objeto de publicidad formal, como ha sido señalado debe tenerse en cuenta “que la adopción de estas medidas presupone el funcionamiento anormal de la Entidad y que empañan por consiguiente la imagen empresarial de la Entidad afectada”⁶³⁹.

2.5. Inscripción de las medidas de control especial

El artº 127 del Reglamento de Ordenación establece al respecto que cuando se acuerde dar publicidad a las medidas de control especial conforme a lo que más adelante comentaremos, dichas medidas serán inscribibles en los Registros administrativos a que se refiere el artículo 74 de la Ley y los artículos 122 a 125 del Reglamento, lo cual afectará principalmente a los registros de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras y al de Altos Cargos de Entidades.

El indicado precepto dispone, así mismo, que se inscribirán en todo caso las medidas de control especial relativas a la intervención de la entidad para garantizar el cumplimiento de otras medidas adoptadas, y la de sustitución provisional de los órganos de administración, previstas por el artº 39.3 y 4 de la Ley.

2.6. Cese de las medidas de control especial

El artº 39.6 de la Ley establece que “*las medidas de control especial serán dejadas sin efecto por resolución de la Dirección General de Seguros cuando, habiendo cesado las situaciones que (...) determinaron su adopción, queden además debidamente garantizados los derechos de los asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados*”.

Este precepto ha sufrido en su redacción una ampliación respecto de lo previsto por el artº 42.3, párrafo tercero, de la Ley de 1984, el cual solo hacía referencia a que el cese de las medidas se produciría “cuando hayan desaparecido las causas que las motivaron”, mientras que la Ley vigente añade a dicho requisito el de que “*además*” queden “*debidamente garantizados los derechos de los asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados*”. Nos encontramos, pues, ante un doble requisito de naturaleza diferente. El primero, -la desaparición de las causas que motivaron la adopción de las

⁶³⁷ GAMERO CASADO, Eduardo. “*La intervención de empresas...*”. Op. cit. p. 261 y ss.

⁶³⁸ Vid. NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “*Ordenación y Supervisión...*”. Op. cit. p. 240.

⁶³⁹ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “*Ordenación y Supervisión...*”. Op. cit. p. 240. Nota 280.

medidas-, es de naturaleza objetiva y su determinación podrá ser llevada a cabo con un criterio de razonable certeza en el que las facultades discrecionales de la Administración pueden no desempeñar un papel de excesiva importancia para adoptar la resolución pertinente; el segundo requisito, -que queden garantizados los derechos de asegurados, beneficiarios y perjudicados-, sí conlleva una mayor apreciación discrecional por parte del Órgano de Control ya que tal “garantía” puede no ser de exclusiva índole económica, sino también técnica y de gestión, y en todos los casos la apreciación de la Administración estará fundamentada en circunstancias cuya valoración podrá implicar la aplicación de criterios subjetivos que refuerzan el ámbito de la discrecionalidad en la que se ha de producir la resolución. Hubiera sido deseable que este segundo requisito se encontrara más desarrollado en su contenido.

2.7. Consecuencias en caso de incumplimiento de las medidas: publicidad, nulidad de los actos realizados y revocación de la autorización administrativa

Como se indicó anteriormente, en general la adopción de medidas de control especial no es susceptible de publicidad. No obstante este principio se rompe en determinadas circunstancias. Así, el artº 39.7 de la Ley establece que “*en los casos de incumplimiento de las medidas de control especial (...) la Dirección General de Seguros podrá dar publicidad a las mismas, previa audiencia de la entidad interesada*”.

Como ha sido señalado, esta medida tiene como finalidad “poner en conocimiento del público, avisar, que la entidad en cuestión se encuentra en una situación difícil y comprometida y que las medidas adoptadas para hacerle frente no han sido observadas, de modo que es muy previsible que tal situación persista o empeore; con ello además se garantiza que la información que llegue a los asegurados y a la opinión pública en general sea veraz y objetiva, independiente de los criterios y vinculaciones de los medios de comunicación; por otro lado, no cabe negarlo, se introduce un factor de disuasión de posibles incumplimientos”⁶⁴⁰.

La aplicación de dicha medida es de naturaleza potestativa pero, evidentemente, de ser aplicada se trata de una decisión grave que incorpora también un importante grado de discrecionalidad por parte de la Administración, la cual tendrá que sopesar de manera ponderada la mayor o menor gravedad del incumplimiento de las medidas de control especial adoptadas en su día para, a la vista de la gravedad de dicho incumplimiento, resolver si se da o no publicidad al mismo. Ponderación en la valoración de la situación que, en relación con la Ley de 1984, ha sido puesto de manifiesto por la doctrina al considerar “que si de los datos o hechos comprobables por la Administración se desprendiese que los Administradores no han actuado de mala fe, han rectificado con diligencia y el incumplimiento no ha llegado a agravar la situación de la entidad” puede no aplicarse la medida de publicidad dejando abierta, no obstante, la vía sancionadora procedente⁶⁴¹.

La publicación de las medidas de control especial puede llevarse a efecto, según dispone el citado precepto, “*sin perjuicio*” de la posibilidad de proceder a la sustitución de los administradores de acuerdo con lo establecido por el nº 4 del artº 39 de la Ley, anteriormente comentado.

⁶⁴⁰ NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. “*Ordenación y Supervisión...*”. Op. cit. pp. 241 y 242.

⁶⁴¹ IZUZQUIZA IBÁÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “*Régimen cautelar y...*”. Op. cit. p. 254.

Debe indicarse que la Ley, al igual que hiciera la de 1984, solo indica que se podrá “*dar publicidad*” a las medidas, sin indicar en qué tipo de medios (en contraposición con el Real Decreto de 1982 que disponía la publicación en el Boletín Oficial del Estado), lo cual ha sido interpretado favorablemente⁶⁴² ya que así la Administración puede dar a la publicidad el alcance que pueda ser necesario sin quedar el mismo constreñido al ámbito del diario oficial que, no obstante su innegable importancia jurídico formal, no tiene un ámbito de difusión limitado.

Así mismo debemos indicar que el precepto referido establece que en caso de incumplimiento de las medidas de control especial “*además, a los actos de la entidad aseguradora con vulneración de las medidas de control especial será de aplicación lo dispuesto en el número 2 del artículo 5*” de la Ley que establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de seguro y demás operaciones sometidas a la misma que hayan sido realizados careciendo de la preceptiva autorización, de los cuales de acuerdo con dicho precepto no solo responde la entidad sino también los administradores y directivos de la misma que hayan autorizado dichos actos. Este efecto será predicable respecto de las medidas que impliquen la prohibición de realizar nuevos contratos de seguro o prorrogar los existentes.

Por último debe señalarse que cuando el incumplimiento se refiera a las medidas que impongan planes de saneamiento o de financiación a corto plazo, la consecuencia será la revocación de la autorización administrativa, según dispone el artº 25.1.d) de la Ley.

2.8. Compulsión directa sobre las personas: cuando se designen administradores provisionales o interventores

La Ley de Ordenación dispone en su artº 39.8 que en todos los casos en los que se proceda por la Dirección General de Seguros a la designación de administradores provisionales o interventores “*podrá llegarse a la compulsión directa sobre las personas para la toma de posesión de las oficinas, libros y documentos correspondientes o para el examen de estos últimos*”.

Cumple así dicha Ley con lo establecido por el artº 100.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo el cual establece que los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas “*en los casos en que la ley expresamente lo autorice*”, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución.

⁶⁴² Vid. IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “Régimen cautelar y...”. Op. cit. p. 253.

CAPÍTULO VII

CESE EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA E INTERVENCIÓN DE ENTIDADES ASEGURADORAS

Hemos tratado en capítulos anteriores las normas que regulan el acceso y el ejercicio de la actividad aseguradora. A continuación nos ocuparemos de las condiciones bajo las cuales se lleva a efecto el cese de las entidades en la actividad, el abandono del mercado y, en su caso, la extinción y cancelación de las inscripciones en los correspondientes registros públicos.

En este capítulo abordaremos uno de los aspectos normativos del Derecho del Seguro Privado en que, junto con las competencias relativas a las autorizaciones previas y a las actuaciones inspectoras, más se deja sentir la actividad de la Administración Pública en el sector asegurador, establecida por la Ley de Ordenación. En él se incluyen materias de tanto sentido jurídico público como la revocación de la autorización administrativa, la disolución y la liquidación forzosas. Todas ellas se encuentran reguladas en el Título II (*de la actividad de entidades aseguradoras españolas*), Capítulo III (*intervención de entidades aseguradoras*), artículos 25 a 48 de la Ley de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados, así como, en lo que afecta a su desarrollo reglamentario, en el Título II, Capítulo III, artículos 81 a 96 de su Reglamento.

1. REVOCACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

1.1. Planteamiento general.

1.1.1. Concepto y clases de revocación

Por revocación cabe entender “la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario”⁶⁴³, o bien “la decisión de la Administración de cancelar jurídicamente un acto anterior”⁶⁴⁴.

Puede entenderse la revocación, en sentido técnicamente más estricto y preciso, como forma de que un acto válido quede privado de efectos por razones de oportunidad. Así, de acuerdo con un sector de la doctrina puede estimarse que “tradicionalmente la revocación se ha considerado como mecanismo para la eliminación de resoluciones administrativas *por motivos de oportunidad*. La legislación de forma cada vez más precisa, hace depender el ejercicio de las facultades de revocación de la concurrencia de circunstancias concretas determinadas por la ley”⁶⁴⁵.

La revocación también puede ser entendida en sentido amplio, y así lo hace la jurisprudencia, cuando la pérdida de efectos del acto administrativo se puede producir tanto por razones de oportunidad como por razones de legalidad y éste parece ser el ámbito de la revocación al que se refiere el artº 105⁶⁴⁶ de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de 1992⁶⁴⁷, el cual bajo la rúbrica “*revocación de actos*” regula la posibilidad de que la Administración vuelva sobre sus propios actos cuando éstos sean no declarativos de derechos o sean de gravamen. Para la revisión de actos declarativos de derechos dicha Ley reserva la calificación de “*revisión de actos nulos*” para los actos viciados con nulidad absoluta o de pleno derecho y la de “*revisión de actos anulables*” (de oficio o a instancia de parte)” para los actos cuyo vicio sea solo de nulidad relativa o anulabilidad.

Siguiendo en este tema a un sector de la doctrina⁶⁴⁸ podemos establecer, en un sentido amplio, las siguientes clases de revocación:

- *Revocación por motivos de legalidad*, cuando proceda la revisión de oficio de actos que sean nulos de pleno derecho o anulables.

En el primer caso, previsto por el artº 102.1 de la citada Ley se trata de actos incurso en alguno de los supuestos de nulidad establecidos en el artº 62 de dicha Ley.

⁶⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás – Ramón. “*Curso de Derecho Administrativo*”. Vol. I. 8ª edición, p. 642. Edit. Civitas. Madrid 1997.

⁶⁴⁴ COSCULLUELA MONTANER, Luis. “*Manual de Derecho Administrativo*”. 11ª edición, p. 369. Edit. Civitas. Madrid. 2000.

⁶⁴⁵ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, DE MARCO FERNANDEZ, Ana. “*Derecho Administrativo I*”, p. 352. Madrid 1992.

⁶⁴⁶ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre de 1992),

⁶⁴⁷ GONZALEZ PÉREZ, Jesús y GONZALEZ NAVARRO, Francisco. “*Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*”. Tomo II, p. 1661. Edit. Civitas. Madrid 1997.

⁶⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás – Ramón. “*Curso de...*”. Op. cit. pp. 642 a 661.

En el segundo de los casos, según lo previsto por el artº 103 de la citada Ley para los *actos declarativos de derechos*, con previa declaración de lesividad, o sin ella en los cuando se den las circunstancias previstas por el precepto (actos que infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario y que el procedimiento se inicie antes de finalizar el plazo de cuatro años desde que se dictó el acto); y según lo dispuesto por el artº 105.1 de la indicada Ley para los *actos no declarativos de derechos* y los *actos de gravamen* siempre que la revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico.

En los supuestos de los citados arts. 102 y 103 habrá que aplicar las normas de procedimiento específicamente previstas en los mismos, y en los casos del artº 105 se aplicarán las normas generales de procedimiento, al no establecerse en el mismo normas especiales.

- *Revocación por motivos de oportunidad*, en el que los actos revocados son regulares en sí mismos pero devienen inconvenientes en un momento dado.

Este supuesto no se encuentra regulado con carácter general en el ordenamiento administrativo. En rigor, solo tendría cabida bajo la técnica de la expropiación forzosa y previa disposición de una Ley que declare la utilidad pública o el interés social de la privación de derechos, con la consiguiente indemnización.

No obstante, para un sector de la doctrina se incluirían en esta categoría de revocación por simples motivos de oportunidad los actos no declarativos de derechos y los de gravamen, previstos en el mencionado artº 105.1, cuando no estuvieran afectados por vicio de legalidad.⁶⁴⁹

- *Revocación de origen legal*, establecida por la ley en ciertos casos.

- *Revocación de origen negocial*, por estar prevista en contenido del propio acto.

Tales pactos no serán admisibles cuando los actos en que se incluyan emanen de potestades regladas. Sí podrá producirse la reserva de revocación cuando las potestades administrativas sean discrecionales, siempre que en el acto en cuestión se dispongan lo que resulte pertinente en orden a la indemnización correspondiente. Solo bajo circunstancias excepcionales, cuando el acto no tenga como fin el reconocimiento de un derecho sino solo el mantenimiento provisional de una cierta situación de tolerancia, limitada en el tiempo por su propia naturaleza, podrá la reserva de revocación no establecer mecanismo alguno de indemnización, como es el caso de las denominadas “cláusulas de precario” en las concesiones de dominio público.

- *Revocación por vía de sanción*, cuando el destinatario del acto incumple las obligaciones que le corresponden.

En este supuesto estarían los actos sometidos a condición en los cuales resultará procedente la revocación si se incumplen las condiciones establecidas para su otorgamiento.

⁶⁴⁹ COSCULLUELA MONTANER. Luis. “Manual de...”. Op. cit. pp. 369 y 458.

- *Revocación de naturaleza indirecta*, cuando un acto administrativo queda sin efecto, total o parcialmente, por desaparición del que le servía de soporte.

Tal sería el caso la supresión de plazas de funcionarios por modificación de plantillas, en uso de las facultades que la Administración ostenta para organizar los servicios públicos, en el cual el funcionario o funcionarios afectados no verían afectados sus nombramientos pero pasarían a la situación de excedencia forzosa, aplicándose las previsiones legalmente establecidas al efecto

1.1.2. Referencia general a la revocación de la autorización administrativa para operar en la actividad aseguradora

En primer lugar hay que resaltar que la revocación de la autorización, prevista en el artº 25 de la Ley de Ordenación, es un acto de naturaleza reglada, como reglado es también el acto de la autorización que puede resultar revocable, salvo en dos supuestos en que puede darse la discrecionalidad en la revocación: el caso de las sucursales de entidades domiciliadas en países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo en que , tanto una como otra son actos discrecionales, y en el supuesto de entidades españolas con participación extranjera mayoritaria que no proceda del referido espacio económico.

Así, en general, únicamente cuando se manifiesten la situaciones previstas en la Ley de Ordenación podrá la Administración acordar la revocación de la autorización concedida en su día⁶⁵⁰. Y la revocación, como ha señalado la doctrina, es reglada pues “dada la transcendencia que tiene por la situación que se ha creado con la autorización (...) parece que ha de prevalecer una interpretación restrictiva de los casos de revocación, que no deberían extenderse de forma reglamentaria.”⁶⁵¹. También pensamos que se trata de un mandato imperativo ya que a la vista de los términos en que se expresa el citado artº 25.1 de la Ley de Ordenación, en el sentido de que el Ministro de Economía “*revocará*” la autorización cuando se den algunos de los supuestos que la justifican, no resulta posible el uso potestativo de tal facultad una vez establecida con claridad la existencia de alguno de dichos supuestos.

Al tratar de la revocación de la autorización administrativa previa para operar debe tenerse en cuenta la especial naturaleza y características que dicha autorización previa ostenta la cual, como ha sido señalado, “no es una simple autorización, sino algo más complejo. Estamos dentro de las llamadas autorizaciones operativas, en las que la Administración no se limita a la función de control de la sociedad que quiere iniciar la actividad aseguradora, sino que va más allá, ya que encauza y orienta esa actividad en la forma prevista en el Ordenamiento Jurídico, de forma que somete a la sociedad a un *status* especial que implica una vigilancia constante por parte de la propia administración. La exposición de motivos [de la Ley de Ordenación] califica la autorización administrativa como *de vínculo permanente*, que da lugar a un control y a

⁶⁵⁰ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de la autorización administrativa. Disolución y liquidación” , en “*Estudios y comentarios sobre la ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*”, p. 150. AIDA Sección Española - Fundación MAPFRE Estudios. Editorial MAPFRE. Madrid.1997.

NUÑEZ LOZANO. María del Carmen. “*Ordenación y supervisión de los seguros privados*”. P. 264. Instituto García Oviedo. Marcial Pons. Madrid. 1998.

⁶⁵¹ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de...”. Op. cit. 150.

unas medidas de intervención sobre las entidades aseguradoras que no se ajusten en su actuación a las normas establecidas, pudiendo llegar en esos casos a la *revocación de la autorización administrativa concedida*⁶⁵².

Así, en relación con lo expuesto, conviene recordar que, de acuerdo con lo dispuesto por el artº 6.2 de la Ley de Ordenación, los requisitos necesarios para obtener la autorización lo son también para conservarla. Cuando estos se pierden, se pierde también la autorización, razón por la cual, como veremos, dicha pérdida de las mencionados requisitos constituye una de las causas que dan lugar a la revocación. Tales requisitos, pues, están concebidos para ser mantenidos a lo largo del tiempo y sin límite temporal preconcebido.

Pero es que, además, la autorización previa tiene su razón de ser en un posterior objetivo, -que es indisociable de la misma y a la cual dota de contenido teleológico-, objetivo cuyo fin general y principal está constituido por la generación de una permanente e indefinida actuación de supervisión a lo largo del tiempo ya que a la entidad aseguradora, como sujeto de los derechos inherentes a la autorización, se le contempla en estado de permanente funcionamiento y sujeta, igualmente, a una serie de normas también de cumplimiento permanente. La propia exigencia de presentar un “programa de actividades” para obtener la autorización ya nos sitúa en una perspectiva temporal no estática, pues lo que interesa en el origen del proceso no es solo qué tipo de operaciones pretende realizar la entidad y si cumple con los capitales mínimos iniciales, junto con los demás requisitos, sino que también debe precisar, para un horizonte de tres años, las previsiones relativas a gastos de administración y adquisición, primas a recaudar, siniestros, situación de tesorería y medios financieros disponible para la cobertura de sus compromisos y del margen de solvencia.

Pero a lo dicho hay que añadir que obligaciones tan importantes durante el funcionamiento de las entidades como lo son la obligación de cobertura *permanente* de provisiones técnicas, la de mantener también *en todo momento* el margen de solvencia y la de presentación *periódica*, trimestral y anual, de sus estados contables para poder verificar la bondad de su situación económico-financiera, confirman esa finalidad de proyección al futuro que tiene la autorización administrativa previa, cuya eficacia proyectiva recuerda a la de las licencias de tracto sucesivo en las cuales, como ha señalado la doctrina⁶⁵³, al comentar el artº 16 del antiguo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, “*la revocación por cambio de circunstancias es un caso de ineficacia sobrevenida, por incompatibilidad de la actividad autorizada con las circunstancias surgidas con posterioridad al otorgamiento de la licencia (...) retirada que no comporta deber de indemnizar alguno (...) ya que en las licencias de tracto sucesivo que disciplinan el ejercicio indefinido de ciertas actividades la adecuación a las circunstancias de cada momento ha de entenderse como una condición implícita en el acto mismo de su otorgamiento*”.

La autorización no se concede para la realización de un acto concreto, tampoco se concede para que sea operativa durante un periodo de tiempo previamente limitado. La autorización se concede para que la entidad, sin límite de tiempo preestablecido,

⁶⁵² SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de...”. Op. cit. 149.

⁶⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás – Ramón. “Curso de...”. Op. cit. p. 658.

desarrolle una “actividad” de actos en masa, específica, permanente y con proyección temporal indeterminada: la actividad aseguradora, sometida a un cúmulo de requerimientos normativos y a una permanente supervisión por parte de los Poderes Públicos del cumplimiento de tales requerimientos. Tales caracteres de la autorización condicionan los propios de la revocación misma, dotándola de una multiplicidad de supuestos sustantivos capaces de ponerla en funcionamiento.

La posibilidad de revocar la autorización para acceder a la actividad aseguradora puede, desde una perspectiva amplia, producirse fundamentalmente por dos fuentes causales. Así es posible plantear la revocación por motivos de legalidad y la revocación por causas sobrevenidas⁶⁵⁴.

La revocación por motivos de legalidad nos remite, en primer lugar, a la posibilidad de una autorización concedida mediando alguna de las causas de nulidad absoluta previstas en el artº 62.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo cuyo supuesto f)⁶⁵⁵ nos conecta con la posibilidad de que la autorización carezca de alguno de los requisitos exigidos por el artº 6 de la Ley de Ordenación. También la revocación por motivos de legalidad puede resultar procedente cuando se produzca alguno de los supuestos de anulabilidad establecidos en el artº 63 de la citada Ley de Procedimiento. Tanto en un caso como en otro procederá la aplicación de los artículos 102 (revisión de actos nulos de pleno derecho) y 103 (revisión de actos anulables) de la indicada ley de procedimiento.

La revocación por causas “sobrevenidas” se basaría en los supuestos establecidos por el artº 25 de la Ley de Ordenación ya que todos ellos se fundamentan en causas cuya aparición se manifiesta con posterioridad a la concesión de la autorización, la cual ha sido dictada conforme a Derecho. A continuación pasaremos a analizar el régimen de las causas de revocación contenidas en dicho precepto y en su desarrollo reglamentario dicho precepto

1.2 Causas de la revocación

1.2.1. Causas generales de la revocación

Las causas de revocación se regulan en el artº 25.1 de la Ley de Ordenación y en el 81 de su Reglamento, si bien este último prácticamente reproduce las causas establecidas en la Ley, salvo el desarrollo reglamentario previsto por la misma para la causa de inactividad de uno o varios ramos y la inclusión del abandono del domicilio social dentro de la causa de pérdida de alguno de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización a las que, en su momento haremos referencia.

El artº 25.1 de la Ley de Ordenación dispone que “*el Ministro de Economía (...) revocará la autorización administrativa concedida a las entidades aseguradoras*”, en los casos que el propio precepto detalla.

⁶⁵⁴ Vid al respecto NUÑEZ LOZANO. María del Carmen. “*Ordenación y supervisión ...*”, pp. 263 y 264.

⁶⁵⁵ El artº 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que serán nulos de pleno derecho “*los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídicos por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*”

El texto anterior merece dos indicaciones. La primera que, como dijimos anteriormente, la revocación es una facultad imperativa y no potestativa. La segunda que la competencia para adoptarla corresponde al “Ministro” de Economía y Hacienda (hoy Ministro de Economía), como consecuencia lógica de que también es dicho órgano el competente para otorgar la autorización de acuerdo con lo establecido por el artº 6.1 de la Ley de Ordenación. No obstante cuando se trate de revocación por sanción el acuerdo deberá ser adoptado por el Consejo de Ministros según dispone el artº 46.3 de la Ley.

Las causas de revocación establecidas por el citado artº 25 son las siguientes:

A. Renuncia expresa de la entidad

La renuncia debe ser expresa no siendo posible la existencia de actos tácitos de los que quepa presumir dicha renuncia. La amplitud de la renuncia puede ser total, comprensiva de todos los ramos en los que la entidad esté autorizada para operar, o puede ser parcial y que afecte a uno o varios de dichos ramos.

Respecto a qué órgano de la entidad puede ser el competente para presentar la renuncia estimamos que el acuerdo debe ser adoptado por la Junta o Asamblea General de socios. Éste, como órgano supremo de la voluntad social, es el que debe adoptar la decisión dada su gran trascendencia al conllevar la liquidación del ramo o ramos afectados o, incluso, la de la propia entidad previa disolución de oficio sin necesidad de acuerdo social. Debe recordarse que es la Junta o Asamblea el órgano que está legitimado para adoptar el acuerdo de disolución voluntaria según establece el artº artº 26.2 de la Ley de Ordenación y carecería de sentido que se hurtara a su competencia acuerdos que pueden desembocar en la disolución de la entidad y, además, en este caso por vía de oficio. Ello no impide que dichos órganos deleguen en los de Administración para que, atemperándose a las condiciones que puedan establecerse, adopten la decisión que pueda ser pertinente. No obstante, dado el silencio de la Ley y del Reglamento sobre este tema, en primer lugar habrá que estar a lo prevenido en los estatutos de la entidad para, en ausencia de norma por parte de éstos, aplicar el criterio antes indicado. El asunto no es baladí ya que un acuerdo adoptado por órgano social incompetente puede viciar desde el origen el procedimiento de revocación.

Otro aspecto a comentar en el caso de la renuncia expresa a la autorización es el que afecta a los trámites a seguir en la substanciación de la solicitud de renuncia. La Ley de Ordenación no dispone norma especial al respecto, por lo que resultarían de aplicación las previsiones contenidas en los artículo 42.2 y 43.2, especialmente su letra c), de la Ley de Procedimiento Administrativo⁶⁵⁶, los cuales establecen, respectivamente, que las solicitudes deberán ser resueltas en el plazo de tres meses, si no existe otro plazo específico aplicable, y que se considerarán estimadas por silencio positivo por el transcurso de dicho plazo sin mediar resolución expresa⁶⁵⁷.

El Reglamento se refiere a esta causa de revocación, en su artº 81.1.1º, utilizando los mismos términos de la Ley (“*si la entidad aseguradora renuncia a ella expresamente*”).

⁶⁵⁶ Según redacción dada a dichos preceptos or la Ley 4/1999, de 19 de enero

⁶⁵⁷ Vid al respecto NUÑEZ LOZANO. María del Carmen. “*Ordenación y supervisión* pp. 264 y 265.

B. Inactividad de la entidad y cesión de cartera

El artº 25.1.b) de la Ley de Ordenación regula dos supuestos de revocación de la autorización: uno por causa de *inactividad de la entidad*, tanto en el caso de falta *global* de actividad operativa como en la que pueda afectar a uno o varios *ramos*, y otro en el caso de *cesión de cartera*.

a. Inactividad global de operaciones por falta de inicio o por cese de actividades

Como ha señalado la doctrina “la inexistencia de la inactividad como causa de la evocación da a entender que la concesión de la autorización administrativa lleva implícito el ejercicio de la actividad por parte de la entidad aseguradora en los distintos ramos y que su falta implica la existencia de un hecho que autoriza a la Administración a su extinción.”⁶⁵⁸.

En el supuesto de inactividad global de operaciones dispone dicho precepto que procederá la revocación “*cuando la entidad aseguradora no haya iniciado su actividad en el plazo de un año o cese de ejercerla durante un período superior a seis meses*”. La Ley ha eliminado la referencia a “caducidad” de la autorización que contenía la ley de 1984 al tratar este supuesto de revocación. El plazo de un año se mantiene para el caso de falta de inicio de la actividad pero se ha reducido de dos años a seis meses en el caso de cese en la actividad una vez iniciada ésta. Aunque resulta obvio, conviene precisar que la “actividad” a que se refiere la Ley es la ligada a la práctica de su objeto social, la actividad aseguradora, que vendrá individualmente delimitada en cada caso por la contratación de pólizas en los ramos contenidos en la autorización inicial o por las subsiguientes que hayan ampliado los ramos inicialmente autorizados. El inicio del cómputo de dichos plazos será el de la notificación de la orden ministerial de autorización, en el primer caso, y el de la fecha efectiva de cese de la actividad, en el segundo.

Tampoco en este caso el Reglamento añade nada ya que reproduce literalmente el texto de la Ley en su artº 81.1.2º.

b. Inactividad en uno o varios ramos

En cuanto a la inactividad en uno o varios ramos esta resulta equiparada por la Ley a la inactividad por falta de inicio o por cese de las operaciones, cuando establece que “*a esta inactividad, por falta de iniciación o cese de ejercicio, se equiparará la falta de efectiva actividad en uno o varios ramos, en los términos que se determinen reglamentariamente*”. Pueden darse aquí también dos posibilidades: una la falta de inicio de operaciones en un ramo autorizado con posterioridad a la autorización inicial, y otra el cese de operaciones en dicho ramo después de iniciada la actividad en el mismo.

El alcance de la expresión “*falta de efectiva actividad*” utilizada por la Ley ha sido aclarado por el Reglamento cuando dispone, en su artº 81.1.4º, que el Ministro de

⁶⁵⁸ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de...”. Op. cit. 152.

Economía revocará la autorización administrativa concedida: *“cuando la entidad aseguradora tenga falta de efectiva actividad en un ramo de seguro, entendiéndose que se produce cuando se aprecie durante dos ejercicios sociales consecutivos que el volumen anual de negocio de la entidad aseguradora correspondiente al ramo sea inferior a las siguientes cantidades”*:

- 10.000.000 de pesetas al año (60.101 euros) en los ramos de caución, crédito, responsabilidad civil y actividad exclusiva de reaseguro.

- 30.000.000 de pesetas al año (180.303 euros) en los ramos de accidentes, enfermedad, defensa jurídica, asistencia y decesos. Dicho límite se reducirá a la mitad en el caso de entidades aseguradoras que únicamente practiquen el seguro de asistencia sanitaria y limiten su actividad a un ámbito territorial con menos de 2.000.000 de habitantes..

- 5.000.000 de pesetas al año (30.050 euros) en los restantes ramos

El precepto reglamentario mantiene el plazo de dos ejercicios sociales de la normativa anterior, aunque ésta última hablaba de “dos años”, pero gana en precisión dado que, frente al anterior Reglamento que para delimitar la causa de revocación se refería a que la misma “se aplicará aún cuando se mantenga en vigor un número reducido de pólizas, siempre que se aprecie una evidente falta de nueva producción adecuada a la situación de la entidad”, establece con claridad cuales son los límites aplicables poniéndolos en relación con el volumen de negocio en lugar de con la falta de nueva producción. No aclara el Reglamento si los ejercicios sociales son completos o no, tema que no plantea problemas si la situación se produce a partir del segundo ejercicio social de la entidad, pero que sí tiene trascendencia si tanto la falta de inicio de operaciones como el cese en las mismas se produce ya desde el primer ejercicio social y éste, como suele ocurrir, no es de año completo. Así pues, dado que la norma habla de “ejercicios sociales” sin hacer distinciones en cuanto a su duración y que el primer ejercicio aunque esté incompleto es tan ejercicio social como si lo estuviera, opinamos que éste se incluirá en el cómputo si la situación se produjera.

No obstante lo anterior, el artº 81.2 del Reglamento determina que *“no será de aplicación”* lo establecido para el caso de falta de efectiva actividad en un ramo de seguro *“a aquellas entidades aseguradoras que durante el período previsto en el mismo justifiquen fundadamente a la Dirección General de Seguros esa falta de actividad y su posible subsanación”*. Lo anterior debe ser interpretado como una cautela para que, si hay justificación suficiente que explique la situación, se pueda evitar la gestación de la causa de revocación, dada las graves consecuencias que su consolidación puede plantear, pero también significa que si a lo largo de los dos ejercicios sociales no se justifica fundadamente dicha situación y su posible subsanación la conformación de la causa de revocación continuará su curso y se habrá consolidado al finalizar el plazo citado.

Aunque la norma no lo diga expresamente, la Administración deberá manifestar su parecer expresamente, o por silencio positivo de acuerdo con lo establecido al respecto por

el artº 43.2.c) de la Ley de Procedimiento Administrativo⁶⁵⁹ ya que ni la Ley de Ordenación ni su Reglamento establecen en este caso la desestimación por actos presuntos. Si la Administración admitiera los argumentos de la entidad pensamos que el plazo quedaría interrumpido, volviendo a iniciarse el cómputo, pero si la resolución es desfavorable el plazo continuaría su curso y se abriría la vía de recursos pertinente. En este caso dado que, en principio, la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto impugnado el plazo continuaría su curso, salvo que fuera suspendida su eficacia en cuyo caso el plazo indicado quedaría en suspenso en tanto se tramite el recurso.

c. Cesión de cartera

Establece la Ley de Ordenación en el inciso final de su artº 25.1.b) que también constituye causa de revocación de la autorización “*la cesión general de la cartera en uno o más ramos.*”, previsión lógica ya que la cesión de cartera constituye un sistema propio del negocio asegurador para suspender la actividad total o parcialmente, mediante la cesión a otro asegurador de los contratos de uno, varios o todos los ramos en que se opere. De ahí que la Ley lo incluya en el mismo apartado que regula el supuesto de cese del negocio, aunque como ha hecho el Reglamento hubiera sido más correcto configurarla con autonomía dada la específica regulación que el régimen jurídico de la cesión de cartera tiene establecida (artº22 de la Ley y artº 70 del su Reglamento). Conviene señalar que el precepto se refiere a la cesión “*general*” de la cartera “*en uno o varios ramos*”, que de acuerdo con lo dispuesto por el artº 22 de la Ley consiste en la transmisión del “*conjunto de los contratos que integren la cartera de uno o más ramos*”, razón por la cual queda excluida de la causa de revocación la cesión parcial de la cartera de un ramo a que se refiere el artº 22.2 de la Ley.

También en este supuesto el Reglamento reproduce literalmente el texto de la Ley, por la que no establece novedad alguna al respecto.

C. Incumplimiento de requisitos necesarios para obtener la autorización e incurrir la entidad en causa de disolución

a. Incumplimiento de requisitos necesarios para obtener la autorización

El artº 25.1.c) de la Ley dispone que existirá causa de revocación “*cuando la entidad aseguradora deje de cumplir alguno de los requisitos establecidos por esta Ley para el otorgamiento de la autorización administrativa o incurra en causa de disolución*”, y el Reglamento, en su artº 81.1.5º y 6º, reproduce los términos de la Ley pero, al regular la causa de revocación constituida por la pérdida de los requisitos para obtener la autorización, introduce una variación al precisar que los requisitos de la autorización que pueden resultar incumplidos no solo son los de la Ley (artº 6) sino también los “*de este Reglamento*” (artº 4º).

El incumplimiento de alguno de los requisitos necesarios para obtener la autorización administrativa parece lógico que sea motivo suficiente para incurrir en causa de revocación de esta última, si recordamos que dichos requisitos, según exige el

⁶⁵⁹ Establece dicho precepto que cuando en los procedimientos “*(...) no haya recaído resolución en plazo, se podrán entender estimadas (...)*” [las solicitudes]: “*c) En todos los casos, las solicitudes en cuya normativa de aplicación no se establezca que quedarán desestimadas si no recae resolución expresa.*”.

artº 6 de la Ley , son “requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización administrativa” y que ésta, como se indicó al analizar la misma, y por las razones también expuestas al comentar anteriormente las referencias generales sobre la revocación, es una autorización *de funcionamiento* ya que, lejos de generar entre la Administración y el sujeto autorizado una relación ocasional y no estable, la autorización mantiene su vigencia mientras dure la actividad autorizada, que es considerada de carácter indefinido, y hace surgir una relación de carácter permanente entre el Órgano autorizante y el sujeto autorizado. Por ello los requisitos necesarios para obtener la autorización lo son también para conservarla y su ausencia en un momento determinado justifica las facultades administrativas para revocar la autorización.

Lo antedicho está claro en relación con los requisitos generales establecidos por el artº 6.1 de la Ley para los supuestos de inicio de operaciones. Pero también dicho precepto en su nº 3 dispone que es necesaria la autorización cuando se trate de ampliar la actividad a otros ramos distintos a los ya autorizados. Estas segundas o sucesivas autorizaciones son un acto administrativo autónomo e independiente de la autorización inicial y están sujetas por el artº 6.3 de la Ley al cumplimiento de dos “requisitos”: -uno, que realmente es de contenido múltiple, el de justificar la cobertura de sus *provisiones técnicas*, y la disponibilidad de su *margen de solvencia*, así como la del *capital, fondo mutual y fondo de garantía* requeridos, en su caso, para los nuevos ramos objeto de la ampliación; y otro, el de *presentar* el programa de actividades conforme a las reglas generales previstas para el mismo. Si tenemos en cuenta que el artº 25 de la Ley dispone que será objeto de revocación “*la autorización administrativa concedida*”, sin distinguir si se trata de autorización inicial o posterior por ampliación de actividades, y si consideramos que el propio artº 25.1.a) de la ley contempla la revocación parcial de la autorización, aunque referida al caso de inactividad o cese en las actividades de uno o más ramos, cabe concluir que una autorización de ampliación de actividades puede resultar revocable si se incumplen alguno de los requisitos específicos previstos por el citado artº 25.3 de la Ley para su concesión.

Ahora bien, no puede ocultarse que en el presente caso existen requisitos como los referentes a provisiones técnicas y margen de solvencia que, por razones obvias, no cabe exigir a una entidad que no ha comenzado sus actividades y, en consecuencia, al no encontrarse relacionados en el artº 6.1 no pueden activar la causa de revocación de la autorización inicial por incumplimiento de requisitos para obtenerla, lo cual sí podría ocurrir, como hemos señalado, cuando se trate de una autorización posterior para ampliar actividades. El problema que se plantea es que en el caso de la autorización inicial la situación de descubierta de provisiones técnicas o de insuficiencia del margen de solvencia solo pueden provocar la revocación si esta medida puede ser adoptada como sanción por infracción muy grave, cuando tales magnitudes disminuyan en la cuantía al efecto establecida por la Ley, todo ello conforme a los artículo 40.3.c) y d) y 41.1.a) de la misma y en todo caso, como es lógico, previa instrucción del correspondiente expediente sancionador. Sin embargo cuando se trate de autorizaciones sucesivas de ampliación el incumplimiento de tales requisitos, sin tener en cuenta la cuantía económica del incumplimiento podría dar lugar a la generación automática de la causa de revocación y a la instrucción del correspondiente expediente.

Seguidamente trataremos las posibles innovaciones que el Reglamento pudiera plantear respecto al texto de la Ley. Antes de continuar conviene precisar que en la

regulación anterior, la Ley de 1984 (artº 6) disponía que para obtener la autorización las entidades debían cumplir los requisitos establecidos en la “Ley y en su Reglamento”, con lo cual al establecer la revocación por la misma causa ahora comentada las posibles innovaciones del Reglamento, en cuanto a posibles nuevos requisitos, podían gozar de cobertura legal. No es esa la situación con la legislación vigente, en la cual la Ley no hace referencia a otros requisitos para obtener la autorización que los establecidos por ella misma, tanto al regularlos (artº 6.1) como al establecer su incumplimiento como causa de revocación (artº 25.1.c.), y es el Reglamento el que, al regular la causa de revocación por incumplimiento de los requisitos necesarios para obtener la autorización (artº 81.1.5º), hace mención a que tales requisitos no solo son los de la Ley sino también los establecidos por el propio Reglamento.

Convendrá, en consecuencia, determinar cuales puedan ser, si es que existen, esos requisitos que puedan ser distintos de los que marca la Ley para éstos casos. En principio hay que indicar que en ninguno de los artículos del Reglamento (4 a 8) que componen la rúbrica “autorización administrativa” se contiene relación alguna de “requisitos” necesarios para la autorización. En concreto, como se comentó al tratar el tema de la autorización administrativa, el artº 4 del Reglamento, cuya rúbrica es la de “solicitud y autorización administrativa”, establece en su nº 1 que la solicitud deberá ir acompañada de una serie de “*documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 6 de la Ley*”. No se trata en dicho precepto de nuevos requisitos sino de la forma documental en que deben ser justificados los que establece la Ley. Ello hace concluir que de éste articulado del Reglamento no se puede deducir la existencia de requisitos diferentes a los que marca la Ley.

No obstante, en el artº 81.3, dedicado a la revocación, creemos que sí se ha consignado un requisito nuevo que no consta expresamente entre los señalados por la Ley. Dice dicho precepto que “se considerará comprendido en la causa de revocación de incumplimiento de alguno de los requisitos necesarios para obtener la autorización *“el supuesto de abandono por la entidad del domicilio social notificado a la Dirección General de Seguros, ignorándose su paradero, y no comparezca ante la misma en el plazo de quince días desde que fuese emplazada para hacerlo mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado”*”.

Evidentemente este precepto lo que incorpora es un nuevo requisito, cual es la constancia del domicilio social de la entidad, bajo la fórmula de que su abandono, en las condiciones que señala constituye causa de revocación. Puede plantearse aquí la cuestión de si el Reglamento se ha extralimitado. Pensamos que no es así. Hemos visto que el Reglamento es extremadamente cuidadoso y respeta escrupulosamente los requisitos establecidos por la Ley. Pero es posible que en la redacción de ésta haya habido una omisión que puede traer graves consecuencias para la correcta ejecución de la misma, pues es cierto que el domicilio social constará necesariamente en la escritura de constitución presentada por la entidad, también lo es que la modificación del mismo debe ser notificada a la Dirección General de Seguros, según dispone el artº 5.1 del propio Reglamento, pero no es menos cierto que el perfecto conocimiento del domicilio social es pieza fundamental para las relaciones entre la entidad y las autoridades de supervisión (autorizaciones, expedientes sancionadores, inspecciones, peticiones de información, etc.) y, en definitiva, para la aplicación y correcta ejecución de la Ley, razón por la cual cabe considerar que esta innovación reglamentaria tiene justificación

con base en la Disposición Final Segunda de la propia Ley según la cual corresponde al Gobierno desarrollar dicha Ley no solo en las materias que se atribuyen expresamente a la potestad reglamentaria sino también “*en general, en todas aquellas susceptibles de desarrollo reglamentario en que sea preciso para su correcta ejecución*”.

También debe tenerse en cuenta que no basta la constatación del abandono del domicilio para desencadenar la causa de revocación. Son necesarias, además, dos condiciones: la de ignorarse el paradero de la entidad y la publicación del anuncio referido y el transcurso del plazo previsto. La primera implica que debe de existir ignorancia en el paradero de la entidad y que si la Administración conoce el nuevo domicilio, aunque sea domicilio de hecho, no se generará la causa de revocación. La segunda incorpora una garantía formal adicional mediante la publicación del correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Estado, para notificar por esta vía a la entidad el mandato de comparecer ante la Dirección General de Seguros, y el establecimiento del plazo indicado.

b. Incurrir la entidad en causa de disolución

Como dijimos, el artº 25.1.c) de la Ley dispone que existirá causa de revocación “*cuando la entidad aseguradora (...) incurra en causa de disolución.*”. El Reglamento en su artº 81.1.5º se manifiesta en términos idénticos.

El texto de la Ley contiene una novedad respecto a su homólogo de la anterior. para ésta la causa de revocación era “por disolución de la entidad”, para la vigente la causa es cuando la entidad “incurra” en causa de disolución. Y, evidentemente, no es lo mismo estar “disuelto” que estar “incurso” en causa de disolución. Este cambio en el tratamiento legal de esta causa de revocación ha sido criticado por un sector de la doctrina que considera excesivas las atribuciones dadas por la Ley ya que esta faculta a la Administración para revocar la autorización “por la mera existencia de la causa y no (...) por haberse realmente disuelto la entidad”. La propia Ley en su artº 26.4 autoriza a la Administración para, previa existencia de causa de disolución, disolver la entidad (y revocar la autorización en el mismo acto) en el caso de que los órganos sociales no adopten los acuerdos pertinentes. Prescindir de este último aspecto en la posibilidad de revocar crea un estado permanente de inseguridad jurídica, ya que existen supuestos de causa de disolución y ni la sociedad se disuelve ni existen realmente motivos para ello“. En consecuencia esta posición estima que se está facultando a la administración para revocar sin causa, situación que no resulta atemperada por el plazo de hasta seis meses que, con arreglo al artº 25.3 de la Ley, el Ministerio de Economía está “facultado para conceder” a la entidad con el fin de que subsane la situación, dado que la concesión de dicho plazo es una facultad potestativa de la Administración.⁶⁶⁰

D. Incumplimiento de un plan de saneamiento o de financiación impuestos como medida de control especial

El artº 25.1.d) de la Ley de Ordenación dispone que existirá causa de revocación de la autorización cuando la entidad “*no haya podido cumplir, en el plazo fijado, las*

⁶⁶⁰ Vid. BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “Ley del Seguro Privado”, pp. 179 y 180. Revista de Derecho de los Seguros Privados S.L. Madrid 1996.

medidas previstas en un plan de saneamiento o de financiación exigidos a la misma al amparo del artículo 39.2.b) o c).”, precepto este último que establece la posibilidad de imponer a la entidad como medidas de control especial la presentación de un plan de saneamiento si existe insuficiencia del margen de solvencia o de un plan de financiación a corto plazo si el margen de solvencia no alcanza el fondo de garantía. Por su parte, el artº 81.1.7º del Reglamento al referirse a esta causa de revocación tampoco contiene novedad alguna respecto a los planteamientos de la Ley.

Habrà que estar, en consecuencia, a las condiciones establecidas en los referidos planes para determinar su incumplimiento y si éste incurre en causa de revocación.

E. Imposición de la revocación como sanción

El último supuesto de revocación de la autorización previstos por el artº 25.1 de la Ley de Ordenación (sin innovaciones en su desarrollo reglamentario) es el contenido en la letra e) de dicho precepto el cual dispone que procederà la revocación *“cuando se haya impuesto a la entidad aseguradora la sanción administrativa de revocación de la autorización, al amparo del artículo 41.1.a)”*.

Estamos, pues, ante la sanción establecida por el referido artº 41.1.a), que habrá de ser aplicada cuando concurren más de dos circunstancias de agravación y al menos dos de ellas sean muy cualificadas, según disponen las normas de graduación prescritas por el artº 43.3 de la Ley de Ordenación, la cual en su artº 46.3 establece que dicha sanción deberá ser impuesta por el Consejo de Ministros.

1.2.2. Posibilidad de subsanar la causa de revocación

El artº 25.3 de la Ley establece la posibilidad de que, en determinados supuestos (prácticamente todos pues solo están exceptuadas, por razones obvias, las causa de renuncia voluntaria y la de revocación por sanción) la entidad pueda subsanar la situación que produjo la causa de revocación.

Así en el indicado precepto se dispone que *“cuando concorra alguna de las causas de revocación”* previstas en las letras b), c) o d) *“el Ministerio de Economía (...), antes de acordar la revocación de la autorización administrativa, estará facultado para conceder un plazo, que no excederà de seis meses, para que la entidad aseguradora que lo haya solicitado proceda a subsanarla”*.

Medida ésta positiva y beneficiosa para los intereses de la entidad si se tiene en cuenta tanto que las situaciones que producen tales causas de revocación pueden, al menos en teoría, ser reconducidas a la normalidad, como la gravedad de las consecuencias que trae consigo la revocación que significa el cese y liquidación de operaciones en los ramos afectados o, incluso, la disolución administrativa y liquidación de la entidad. El plazo indicado debe ser solicitado por la entidad, solicitud sin la cual del texto de la norma parece desprenderse que no puede ser concedido. Tanto su concesión como, en caso positivo, la duración del plazo son facultades discrecionales del Ministerio.

Pensamos que, para alejar posibles dudas e intranquilidades como las comentadas con anterioridad, hubiera sido conveniente que, al menos, la concesión del plazo hubiera carecido de discrecionalidad. Hay que pensar que este plazo no tiene, en sí mismo, la finalidad del trámite de audiencia ya que normalmente las actuaciones necesarias para proceder, en su caso, a la subsanación de las causas de revocación requieren de un periodo de tiempo más dilatado que los 15 días que para dicho trámite establece el artº84.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

1.2.3. Revocación excepcional si existen participaciones significativas con influencia negativa en la gestión de la entidad

Existe una causa de posible revocación de la autorización no incluida en el artº 25 de la Ley de Ordenación por aplicación de lo prevenido por el artº 21 de la misma, que regula el “régimen de participaciones significativas”, el cual en su nº 6 dispone que “cuando se acredite que los titulares de una participación significativa ejercen una influencia que vaya en detrimento de la gestión sana y prudente de una entidad aseguradora que dañe gravemente su situación financiera, el Ministro de Economía (...) podrá adoptar”, entre otras medidas, “con carácter excepcional, la revocación de la autorización”. Se trata también de una facultad discrecional y de naturaleza excepcional.

1.2.4. Supuesto especial para entidades españolas con capital social mayoritario procedente de países terceros

El artº 25.2 de la Ley establece dos nuevas causas de revocación al disponer que “el Gobierno podrá revocar la autorización concedida a entidades españolas con participación extranjera mayoritaria en aplicación del principio de reciprocidad o cuando lo aconsejen circunstancias extraordinarias de interés nacional”.

Las nuevas causas de revocación son la revocación por aplicación del principio de reciprocidad o cuando lo aconsejen circunstancias extraordinarias de interés nacional, supuesto que nos sitúa ante una causa de revocación por criterios de oportunidad. Dichas causas de revocación solo son aplicables a las entidades españolas que tengan participación mayoritaria extranjera procedente de sociedades domiciliadas en países terceros, según se deduce del propio precepto citado cuando establece que “en ningún caso será aplicable esta causa de revocación a las entidades aseguradoras españolas en que la participación extranjera mayoritaria proceda de países del Espacio Económico Europeo”.

La facultad concedida a la Administración es, en este caso, discrecional ya que la norma utiliza los términos “podrá revocar” en contraste con el “revocará” de los demás casos, y el órgano competente para acordar la revocación es el Consejo de Ministros, pero conviene indicar que aunque no exista participación extranjera mayoritaria puede resultar de aplicación en este caso el supuesto de revocación prevista por el antes mencionado artº 21.6 de la Ley de Ordenación, que regula el “régimen de participaciones significativas”, y cuya competencia se atribuye al Ministro de Economía..

1.2.5. Revocación de la autorización a entidades extranjeras que operen en España

En este supuesto conviene distinguir dos situaciones, en función de que las entidades extranjeras estén domiciliadas en países del Espacio Económico Europeo o lo estén en terceros países.

En el primer caso, cuando la entidad matriz esté autorizada y tenga su sede en un país de dicho Espacio Económico conviene tener en cuenta que por aplicación del denominado “principio de licencia única”, reconocido por el artº 78.1 de la Ley de Ordenación, dicha entidad podrá ejercer sus actividades en España tanto en régimen de libre prestación de servicios (sin establecimiento permanente) como en régimen de establecimiento (mediante una sucursal). Ni en una modalidad ni en otra existe autorización alguna de la Administración española y, en consecuencia, tampoco existe posibilidad de revocar. Todo ello con independencia de las actuaciones de coordinación con la autoridad supervisora del país de origen, previstas por la Ley (artº 78), si la entidad incumple con la normativa que le resulte aplicable en España, y también sin perjuicio de que, si dicha autoridad revocara la autorización, la Dirección General de Seguros española deba prohibir la contratación de seguros en ambos regímenes (artº 80.1), y de que dichas entidades, por sus operaciones en España, están sometidas a la potestad sancionadora del Ministerio de Economía que en sustitución de la revocación puede acordar prohibir a la entidad “que inicie nuevas operaciones en el territorio español” (artº 80.2).

En el segundo de los casos referidos, cuando la entidad extranjera esté domiciliada en países terceros (no pertenecientes al Espacio Económico Europeo) la única manera de operar en España es mediante el establecimiento de una sucursal, que “podrá” ser autorizada por el Ministro de Economía de acuerdo con lo establecido al efecto por el artº 87 de la Ley. Tal autorización podrá ser revocada bien si concurre alguna de las circunstancias de las previstas en el artº 25.1, bien si se produce alguna de las circunstancias que son causa de disolución para una entidad española, o bien, por el Consejo de Ministros, en aplicación del principio de reciprocidad o cuando lo aconsejen circunstancias extraordinarias de interés nacional (artº 89.1).

1.3. Efectos de la revocación

En principio, el artº 25.4 de la Ley establece que la revocación “afectará a todos los ramos en que opere la entidad aseguradora, salvo en los supuestos (...) [de renuncia o inactividad] (...) en los que afectará, según los casos, a los ramos a que se haya renunciado o a aquéllos a que afecte la inactividad”.

También dispone dicho precepto en su nº 5 que la revocación de la autorización “determinará, en todos los casos, la prohibición inmediata de la contratación de nuevos seguros (...) y de la aceptación de reaseguro, así como la liquidación, (...) de las operaciones de seguro de los ramos afectados por la revocación. Además, si la revocación afecta a todos los ramos en que opera la entidad, procederá la disolución administrativa de la misma”.

Para tratar los efectos de la revocación conviene distinguir dos situaciones, en función de que la revocación se aplique solo a uno o varios de los ramos de la entidad o a la totalidad de aquellos en los que opera.

A. Revocación de uno o varios ramos

En este caso los efectos son la suspensión de actividades, tanto en negocio directo como aceptado, en el ramo o ramos afectados y la liquidación de las operaciones realizadas en los mismos.

Cuando la revocación afecte a uno o varios de los ramos de la entidad, bien por renuncia de la entidad bien por inactividad (de acuerdo con lo previsto en el artº 25.1.a) y b) de la Ley, la misma determinará, “*en todos los casos*”, tanto la prohibición de contratar nuevos seguros y de aceptar reaseguro como la liquidación de las operaciones de seguro de los ramos afectados por la revocación, liquidación que deberá efectuarse con arreglo a las normas establecidas sobre la materia por el artº 27 de dicha Ley.

B. Revocación de todos los ramos

Cuando la revocación afecte a todos los ramos, la revocación tendrá como efecto la suspensión de actividades en todos ellos, así como la disolución y subsiguiente liquidación de la entidad (salvo en el caso de que la revocación sea por renuncia de la entidad y el motivo sea el cambio del objeto social).

En este supuesto también resulta aplicable “*la prohibición inmediata de la contratación de nuevos seguros por la entidad aseguradora y de la aceptación de reaseguro* pero, además, establece el artº 25.5 de la Ley que “*procederá la disolución administrativa de la misma con arreglo al artículo 26.1.1º, sin necesidad de sujetarse a lo dispuesto en los números 2 y 3 de dicho artículo 26*”. En este caso la revocación conduce a la disolución de la entidad pero, a tenor de lo establecido en la Ley, no será necesario esperar a que los administradores convoquen la Junta o Asamblea General para adoptar el acuerdo ni a que, en defecto de ésta en los casos previstos por la Ley, soliciten la disolución administrativa, y por ello procede la disolución administrativa, resolución que, de conformidad con el artº 26.4 de la Ley de Ordenación, debe incluir la revocación. La competencia para acordar la disolución corresponde al Ministro de Economía, según el artº 26.4 de la Ley, que es quien tienen la competencia para acordar la revocación (artº 25.1, primer inciso), pero como existe la excepción de que la revocación como sanción debe ser acordada por el Consejo de Ministros parece lógico que en este caso la resolución de disolución, que debe contener el acuerdo de revocación, sea también acordada por el mismo órgano.

1.4. Procedimiento

La Ley de Ordenación no prevé ningún procedimiento especial para la substanciación de las causas de revocación. Por ello, con las especialidades que establece la misma y que a continuación comentaremos, será de aplicación lo previsto por la Ley de Procedimiento Administrativo, cuando se trate de competencias estatales, con los caracteres especiales que pudieran corresponder cuando se trate de competencias de las Comunidades Autónomas.

En el ámbito de la Administración del Estado el órgano competente para acordar la revocación es el Ministro de Economía (artº 25.1 de la Ley), que es el mismo que otorga la autorización, salvo en los supuestos de revocación por sanción (artº 46.3) y de revocación a entidades con participación mayoritaria extranjera de terceros países (artº 25.2) en que la competencia es del Consejo de Ministros. Así mismo, cuando sea revocada la autorización a una entidad española que esté operando en el Espacio Económico Europeo en cualquiera de los regímenes de libre prestación de servicios o de derecho de establecimiento, la Dirección General de Seguros deberá comunicarlo a las autoridades supervisoras de los Estados miembros (artº 51.1 de la Ley).

En el ámbito de las Comunidades Autónomas serán competentes los órganos que sus normas establezcan, cuando ello resulte procedente. Las Comunidades Autónomas pueden tener asumidas en sus Estatutos competencias en materia de ordenación de seguros cuando se trate de entidades aseguradoras o reaseguradoras cuyo domicilio social, ámbito de operaciones y localización de los riesgos (en seguros no vida) y asunción de los compromisos (en seguros de vida) que aseguren se circunscriban al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma (primer párrafo del artº 69.2 de la Ley). Tales competencias pueden ser tanto normativas como de ejecución. Entre las competencias normativas les corresponde, además del desarrollo legislativo de las bases contenidas en la Ley de Ordenación y su Reglamento, la competencia exclusiva en la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Mutualidades de Previsión social que se encuentren en la situación descrita, respecto de las cuales pueden acordar tanto la autorización como la revocación de ésta si bien, en ambos casos, previo informe, preceptivo pero no vinculante, del Ministerio de Economía, informe que interrumpe la tramitación del procedimiento y que se estimará favorable si en el plazo de seis meses no ha sido evacuado (segundo inciso del artº 69.2.b., de la Ley). No obstante, cabe pensar que cuando se trate de revocación por sanción el informe deba emanar del Consejo de Ministros ya que este órgano es el competente para la adopción del acuerdo de revocación. Dicho informe solo podrá versar sobre cuestiones de legalidad ya que al ser, generalmente, regladas las facultades para autorizar y revocar no caben los argumentos de oportunidad o conveniencia.

En los demás tipos de entidades, como se ha señalado, la competencia para autorizar y revocar corresponde al Estado, si bien deben comunicarse a la respectiva Comunidad Autónoma las autorizaciones y revocaciones que se produzcan, cuando se trate de entidades cuyo domicilio y ámbito operacional sea el antes indicado (primer inciso del artº 69.2.b., de la Ley).

2. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD ASEGURADORA

2.1. Concepto de disolución

La disolución de sociedades es concepto de naturaleza jurídica mercantil y presupuesto previo, necesario pero no suficiente, para la liquidación y extinción de las sociedades.

Así, se ha dicho que “la extinción de una sociedad mercantil es un fenómeno jurídico complejo. Si la sociedad fuese solo una situación contractual entre los socios, su extinción sería cosa sencilla: los contratantes arreglarían entre ellos sus cuentas,

recobrarían sus aportaciones y se repartirían los fondos sobrantes. Pero la sociedad es más que un contrato: es una colectividad que actúa en el tráfico bajo la forma de una persona jurídica que se relaciona contractualmente con quienes no son socios (terceros), creando una trama de vínculos jurídicos que no puede cortarse de golpe en el instante de la disolución el contrato social. Por eso, la disolución no es de un contrato – el de sociedad-, sino de muchos contratos –los de la sociedad-. Y la garantía de los que contrataron con ella exige que la liquidación de sus contratos preceda a la del contrato de sociedad. Lo que en definitiva los socios obtengan en esta disolución de los vínculos sociales depende del resultado de la liquidación de los vínculos con terceros. Con razón se afirma, pues, que la disolución no es un fenómeno simple, sino complejo: con el acaecer una causa de disolución se abre un proceso de disolución que comienza con la liquidación de los negocios sociales pendientes...y que termina con la división del haber social entre los socios. Cabe, por tanto, distinguir en ese fenómeno duradero tres estadios diversos: la realización de una causa de disolución, la liquidación y la división del patrimonio social.”⁶⁶¹

También se ha afirmado que la disolución “por sí, no pone fin a la sociedad que continúa subsistiendo como contrato y como persona jurídica, no paraliza su actividad. Con la disolución se abre en la sociedad un nuevo periodo (el llamado periodo de liquidación), en el que la anterior actividad lucrativa dirigida a la obtención de ganancias se transforma en una mera actividad liquidatoria dirigida al cobro de los créditos, al pago de las deudas, a la fijación del haber social remanente y a la división de éste, en su caso, entre los socios”⁶⁶².

La disolución es también definida como “un acto que significa el inicio de un proceso de resolución del vínculo societario, que ha de llevar –normalmente tras la liquidación (...)– a la extinción de la sociedad, lo que afecta tanto a su aspecto contractual, como a la desaparición de la persona jurídica.”⁶⁶³

Acaecida una causa de disolución, ésta deberá ser declarada por la Junta o Asamblea General de socios (salvo en el caso de cumplimiento del término o en el de fusión o escisión total), en su defecto por decisión judicial⁶⁶⁴, o por decisión de la autoridad administrativa competente, como puede ocurrir en el caso de las entidades aseguradoras. La disolución puede decirse que es, en sí misma, de naturaleza simple y un acontecimiento de tracto instantáneo, una situación estática, un hecho o acto jurídico que, eso sí, tiene una gran capacidad para condicionar la actividad futura de la sociedad ya que una vez “disuelta” ésta “se abrirá el periodo de liquidación”, según establece la normativa. Disuelta la sociedad se abre la liquidación que es calificada como “periodo” por las leyes⁶⁶⁵, y que como tal es una situación dinámica, de tracto sucesivo, compleja, y configurada por un proceso constituido de una multiplicidad de actos independientes pero todos tendentes a un único fin: la realización del patrimonio social (bienes, derechos y obligaciones), el reparto del remanente, si lo hubiere, y la extinción de la sociedad como persona jurídica.

⁶⁶¹ GARRIGUES, Joaquín. “Curso de Derecho Mercantil”. Tomo I, pp478 y 479. 5ª edición. Madrid 1973.

⁶⁶² URÍA, Rodrigo. “Derecho Mercantil”. Décima edición, p. 160. Madrid 1975.

⁶⁶³ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de...”. Op. cit. p. 156.

⁶⁶⁴ Artº 262.1 y 3 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 y artº70.3 de la Ley de Cooperativas de 16 de julio de 1999.

⁶⁶⁵ Artº 266 de la Ley de Sociedades y artº71.1 de la Ley de Cooperativas.

2.2. Causas de disolución

Las causas de disolución aplicables a las entidades aseguradoras vienen establecidas por el artº 26 de la Ley de Ordenación, las cuales, en síntesis son las siguientes:

- Revocación total de la autorización administrativa.
- Cesión de cartera de todos los ramos
- Número de socios inferior al mínimo legal (mutuas, cooperativas y mutualidades de previsión social).
- No realizar las derramas pasivas.
- Las causas de disolución del artº 260 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artº 70 de la Ley de Cooperativas.

Seguidamente comentaremos las causas de disolución.

2.2.1. Revocación total de la autorización administrativa

El artº 26.1.1º de la Ley de Ordenación considera causa de disolución “*la revocación de la autorización administrativa que afecte a todos los ramos en que opera la entidad.*” Nos remitimos a los comentarios efectuados al tratar de la revocación. Ahora bien debe señalarse que esta causa de disolución es expresión de la interacción que la Ley otorga a la disolución y a la revocación, de manera que acordada la disolución debe procederse a la revocación y ésta, a su vez, es causa de disolución salvo en los casos previstos por la Ley. Como ha señalado la doctrina, existe una manifiesta relación entre ambas, aunque dicha relación no opere siempre de la misma manera: así, cuando se produzca la revocación total de la autorización debe procederse a la disolución administrativa de la entidad, no será necesario que esta última adopte acuerdo alguno al respecto y en el mismo acto administrativo se hará constar la disolución y la revocación de la autorización (del artº 26.4, segundo párrafo, inciso, segundo), mientras que si la disolución es acordada por la propia entidad la revocación deberá producirse en un acto administrativo específico para la misma⁶⁶⁶.

En otro orden de cosas, también ha sido puesto de manifiesto la consideración de que la revocación supone en determinados supuestos una penalización para la entidad toda vez que implica necesariamente su disolución (salvo en los casos de que aquella se produzca por renuncia expresa o por cesión total de la cartera con el objetivo, en ambos casos, de cambiar el objeto social) la cual adquiere así una cierta naturaleza sancionadora, aunque este carácter, más que en la revocación en sí misma, estaría en la consecuencia de disolución que la misma tiene dado que el artº 25 de la Ley distingue con claridad entre la revocación por sanción y el resto de las causas que pueden conducir a ella⁶⁶⁷.

El artº 26.1.1º de la Ley también dispone que, no obstante lo anterior, “*la revocación no será causa de disolución cuando la propia entidad renuncie a la autorización administrativa y venga únicamente motivada esta renuncia por la modificación de su objeto social para desarrollar una actividad distinta a las*

⁶⁶⁶ Vid. al respecto SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de...”. Op. cit. p. 158.

⁶⁶⁷ NUÑEZ LOZANO. María del Carmen. “Ordenación y supervisión pp. 271 y 272.

enumeradas en el artículo 3". Previsión lógica ya que lo que el precepto viene a reconocer es que la entidad de seguros pueda cambiar su objeto social y dedicarse a otro tipo de actividades. No obstante esta previsión no podrá ser aplicada a las sociedades mutuas ni a las mutualidades de previsión social ya que este tipo de entidades solo pueden tener por objeto la actividad aseguradora.

La citada disposición legal plantea, además, un problema cuando se trate de entidades aseguradoras que estando autorizadas para operar en los ramos no vida, quieran pasar a hacerlo en el de vida, o viceversa, dado que como vimos en su momento el artº 11 de la Ley impone la especialización en una u otra área de riesgos y prohíbe su compatibilización. En este caso la revocación deberá afectar necesariamente *"a todos los ramos en que opera la entidad"* y como la renuncia no se hace para desarrollar una actividad *"distinta a las enumeradas en el artículo 3"* la entidad tendría que extinguirse. Con ello la aplicación literal del precepto llevaría al absurdo de extinguir una sociedad que desea seguir operando como entidad aseguradora, aunque en un área de riesgos diferente a la practicada hasta el momento de la renuncia que no puede compatibilizar por expresa prohibición legal. Creemos que la solución a este caso debe ser la de permitir que la sociedad no se extinga, liquidar las obligaciones derivadas de las actividades realizadas como si se tratara de una revocación parcial de uno o más ramos, exigir, en su caso, el cumplimiento de los requisitos necesarios para las nuevas actividades (modificación del objeto social, capitales sociales, programa de actividades, etc) y, una vez cumplidos éstos, proceder a la autorización de las nuevas actividades.

2.2.2. Cesión de cartera de todos los ramos

También establece la Ley en su artº 26.1.2º que será causa de disolución *"la cesión general de la cartera de contratos de seguro cuando afecte a la totalidad de los ramos en que opera la entidad"*, salvo en el caso en que *"en la escritura pública de cesión la cedente manifieste la modificación de su objeto social para desarrollar una actividad distinta a las enumeradas en el artículo 3"*.

Cabe hacer aquí las mismas consideraciones anteriores referentes a que la salvedad no puede afectar a las entidades mutuas y mutualidades de previsión social, que solo pueden tener por objeto social la práctica del seguro privado, y a que, por ejemplo, cabría una cesión total de la cartera de vida para pasar a operar en seguros de no vida, o viceversa, sin extinguir la sociedad.

2.2.3. Reducción del número de socios

Esta causa de disolución, contenida en el artº 21.1.3º de la Ley, solo es aplicable a las mutuas, cooperativas de seguros y mutualidades de previsión social, para cuya constitución la Ley exige un número mínimo de 50 socios, generándose la causa cuando el número de socios descienda *"a una cifra inferior al mínimo legalmente exigible"*.

2.2.4. No realizar las derramas pasivas

Causa de disolución solo aplicable también a la entidades mutuas, cooperativas y mutualidades de previsión social en virtud de lo dispuesto por el artº 26.1.4º de la Ley de Ordenación. Dichas entidades tienen la obligación de repartir entre los socios los

posibles resultados negativos del ejercicio mediante la aprobación de la correspondiente derrama pasiva exigida por los artículos 9.2.e) y 10.2 y 64.3.c) de dicha Ley que establecen tal obligación, respectivamente, para las entidades a prima fija, a prima variable y las mutuas de previsión social.

2.2.5. Causas de disolución del artº 260 de la Ley de Sociedades Anónimas y del artº 70 de la Ley de Cooperativas

A. Causas de disolución de la Ley de sociedades Anónimas

El artº 25.1.5º, siguiendo el principio de la Ley de no duplicar en su contenido regímenes que resulten aplicables y que ya vengan regulados en otras leyes menos específicas, admite como aplicables a las entidades aseguradoras *“las causas de disolución enumeradas en el artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas”*, añadiendo a continuación que. *“tratándose de mutuas de seguros y de mutualidades de previsión social, las referencias que en este precepto se hacen a la junta general y al capital social habrán de entenderse hechas a la asamblea general y al fondo mutual, respectivamente. No obstante, a las cooperativas de seguros serán de aplicación las causas de disolución recogidas en su legislación específica”*.

Las causas de disolución establecidas por el artº 260.1 de la Ley de Sociedades Anónimas son las siguientes:

- 1º.- Acuerdo de la Junta General.
- 2º.- Cumplimiento del término fijado en los estatutos.
- 3º.- Por conclusión de la empresa que constituya su objeto o por imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento
- 4º.- Pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente-
- 5º.- Reducción del capital social por debajo del mínimo legal.
- 6º.- Fusión o escisión total de la entidad.
- 7º.- Cualquier otra causa establecida en los estatutos.

También el nº 2 de dicho precepto dispone que *“la quiebra de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente a consecuencia de la resolución judicial que la declare”*.

Por exceder del ámbito del presente trabajo no entraremos en el análisis de las causas de disolución antes relacionadas, tema amplia y rigurosamente tratado por la doctrina mercantilista. No obstante sí destacaremos algunos aspectos de las mismas.

Así, los supuestos de cumplimiento del término fijado en los estatutos y de conclusión de la empresa que constituya el objeto social nos parecen de difícil realización en entidades de seguros. El cumplimiento del término fijado, si ya de por sí no suele tener en la práctica una gran aceptación, pues no resulta fácil que una sociedad establezca de antemano su fecha de defunción, tiene todavía menos virtualidad en el caso de una entidad aseguradora cuyos operaciones están técnicamente proyectadas al futuro y cuyos contratos pueden, también, abarcar largos periodos de vigencia; por ello

el programa de actividades requerido por la Ley y por el Reglamento exige un horizonte temporal de tres años. Por las mismas razones no nos parece muy factible la posibilidad de establecer un objeto social sometido *a priori* a una efectiva conclusión que agote la actividad social y haga necesaria la disolución ya que, además, la actividad aseguradora, basada en la ley de los grandes números, es una actividad de operaciones en masa cuyo equilibrio económico-financiero está ligado a la realización de un gran número de operaciones; en general cualquier planteamiento con este enfoque limitativo pondría en evidencia la capacidad de la entidad para hacer frente a sus compromisos.

Otra de las causas de disolución de la Ley de Sociedades Anónimas sobre la que haremos algún comentario es la de “*pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente.*” Esta causa de disolución es tradicional en el régimen jurídico de las entidades aseguradoras y ya estuvo contemplada por las Leyes de 1908 (artº 37, para las sociedades anónimas), de 1954 (artº 41 también para las sociedades anónimas) y de 1984 (artº 30.1, ya referida también a las entidades mutuas y mutualidades de previsión social)

A estos efectos el Reglamento de Ordenación, que en general no se aparta de la Ley en el aspecto referente a la disolución, aclara los conceptos de patrimonio y capital que deben ser tomados en consideración teniendo en cuenta algunas especialidades propias de las entidades aseguradoras, y establece en su artº 82.2 que se entenderá por “patrimonio”, el *patrimonio neto contable* y por “capital”, el *capital social suscrito* (en el caso de las mutuas y mutualidades de previsión social la referencia hay que entenderla hecha al fondo mutual).

Así mismo el nº 3 del citado precepto reglamentario precisa el sistema para calcular el patrimonio neto contable, el cual se determinará de acuerdo con lo siguiente:

a) *Con signo positivo* se recogerán los siguientes conceptos definidos conforme a los modelos de balance del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras:

1.º Los recogidos en la agrupación A) “*Capital y reservas*” del pasivo del balance.

2.º “*Ingresos a distribuir en varios ejercicios*” de la agrupación A) bis del pasivo del balance, minorados en el importe correspondiente del gasto por el impuesto de sociedades pendiente de devengo.

3.º “*Financiaciones subordinadas y otras asimilables*” incluidas en la agrupación B) del pasivo del balance, cuando cumplan los requisitos establecidos en este Reglamento para ser computadas como partida positiva del patrimonio propio no comprometido.

b) *Con signo negativo* se incluirán las *acciones propias* de la agrupación F) del activo del balance.

En consecuencia si las pérdidas han reducido el patrimonio neto, calculado conforme a las normas anteriores, a una cifra inferior a la mitad del capital social suscrito es cuando se producirá la causa de disolución que comentamos. Dicha situación podrá ser enervada mediante aportaciones de los socios que repongan directamente el

patrimonio social sin recurrir al aumento del capital⁶⁶⁸, mediante reducción y aumento de capital simultáneos, mediante aumento del capital, y mediante la reducción del mismo que si no sitúa a éste por debajo de los límites mínimos establecidos por el artº 13 de la Ley de Ordenación podría dejar a la entidad en situación de seguir operando⁶⁶⁹.

B. Causas de disolución de la Ley de Cooperativas

Como antes se indicó, el artº 26.1.5º, después de establecer la remisión a las causas de disolución de la Ley de Sociedades Anónimas (aplicables a este tipo de sociedades, a las mutuas y a las mutualidades de previsión social) dispone que “*no obstante, a las cooperativas de seguros serán de aplicación las causas de disolución recogidas en su legislación específica*”.

A estos efectos el artº 70 1 de la Ley de Cooperativas dispone que la sociedad cooperativa se disolverá:

- 1º.- Por el cumplimiento del plazo fijado en los Estatutos.
- 2º.- Por acuerdo de la Asamblea General adoptado por mayoría de los dos tercios de los socios presentes y representados.
- 3º.- Por la paralización de los órganos sociales o de la actividad cooperativizada durante dos años, sin causa justificada, de tal modo que imposibilite su funcionamiento.
- 4º.- Por la reducción del número de socios por debajo de los mínimos establecidos en dicha Ley o del capital social por debajo del mínimo establecido estatutariamente, sin que se restablezcan en el plazo de un año.
- 5º.- Por realización del objeto social o la imposibilidad de su cumplimiento.
- 6º.- Por fusión, absorción o fusión total.
- 7º.- Por cualquier otra causa establecida en la Ley o en los Estatutos.

Respecto a las causas de disolución de cumplimiento del plazo o término y de realización del objeto social nos remitimos a los comentarios antes realizados.

Con independencia de ello, requieren algún comentario las causas de disolución relacionadas con la reducción del número de socios o del capital social por debajo de los mínimos legales. Evidentemente, las cifras mínimas en ambos casos serán las establecidas por la Ley de Ordenación en sus arts. 9.2.a) y 13, respectivamente. El problema surge en que si se interpreta la citada remisión a la Ley de Cooperativas en el sentido de que las causas de disolución en ella contenidas son de aplicación completa en todos sus términos, se produce una falta de concordancia con la Ley de Ordenación toda vez que para ésta el nacimiento de dichas causas de disolución es inmediato y no está sometido a plazo alguno, mientras que en la Ley de Cooperativas tales causas de disolución solo se producen si la situación no se restablece en el plazo de un año. La causa de disolución no es tanto la reducción de socios y de capital por debajo de los mínimos legales como la permanencia durante un año en dichas situaciones sin haberlas subsanado.

⁶⁶⁸ Vid al respecto BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “*Ley del ...*”. Op. cit. pp. 184 y 185

⁶⁶⁹ Vid SANCHEZ CALERO, Fernando. “*Curso de Derecho del Seguro Privado*”, p. 210. Ed. Nauta S.A. Bilbao 1961, y TIRADO SUAREZ, Francisco Javier. “*Ley Ordenadora del Seguro Privado*”, p.221. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla 1984.

La aplicación de este criterio produce, en primer lugar, un situación de desigualdad de trato respecto al régimen aplicable a los demás tipos de entidades aseguradoras toda vez que para éstas las citadas causas de disolución carecen de plazo alguno para su producción, con independencia de que a lo largo del periodo de liquidación puedan ser removidas de acuerdo con lo previsto por el artº 27.4 de la Ley de Ordenación, y, en segundo lugar, admitir el transcurso de dicho plazo arrastrando la situación puede significar, especialmente en el caso de pérdida del capital, alargar una situación progresiva de deterioro económico y financiero con el consiguiente empeoramiento de las garantías que deben tener los compromisos asumidos en las pólizas y demás acreedores.

Pensamos que tal diferencia de trato no está justificada ya que los intereses a proteger son los mismos en todas las entidades aseguradoras, cualquiera que sea su forma social, y estimamos que en este caso deben prevalecer el sistema general de fuentes jurídicas establecido para las cooperativas de seguros por los arts. 9.4.c) y 10.5.c) de la Ley de Ordenación c) cuando disponen que “*se regirán por las disposiciones de la presente Ley y por los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas a los que la misma se remite, así como por las disposiciones reglamentarias que la desarrollen y, supletoriamente, por la legislación de cooperativas*”, y resulta evidente que el plazo de un año concedido por la Ley de Cooperativas no está contemplado por la ley de Ordenación que tiene prioridad en su aplicación.

2.3. Acuerdo de disolución voluntaria

El artº 26.2 y 4 regula las actuaciones que las entidades deben llevar a cabo cuando concorra alguna causa de disolución. A tal efecto establece que “*la disolución, salvo en el supuesto de cumplimiento del término fijado en los estatutos, requerirá acuerdo de la junta o asamblea general*”. Así, en principio, resulta necesario el acuerdo de la Junta o Asamblea General de socios declarando la disolución, con la excepción del supuesto de cumplimiento del término fijado en los estatutos sociales en cuyo caso por aplicación de lo previsto por el artº 261 de la Ley de sociedades Anónimas una vez transcurrido el término de duración de la sociedad “*ésta se disolverá de pleno derecho, a no ser que con anterioridad hubiese sido expresamente prorrogada e inscrita la prórroga en el Registro Mercantil*”. La indicación, un tanto confusa, a que la disolución es “de pleno derecho” debe entenderse en el sentido de que la misma se produce *ope legis*⁶⁷⁰, por ministerio de la Ley. La convocatoria de la junta o asamblea es competencia de los administradores los cuales, según dispone el indicado precepto de la Ley de Ordenación, “*deberán convocarla para su celebración en el plazo de dos meses desde la concurrencia de la causa de disolución*”, estableciendo a continuación que “*cualquier socio podrá requerir a los administradores para que convoquen la junta o asamblea si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución*”.

Pero la Ley, ante la posibilidad de que pueda no producirse el acuerdo social, establece una alternativa (la solicitud de disolución administrativa) para evitar el bloqueo de la situación cuando la junta o asamblea no sea convocada, cuando siendo convocada no se celebre, o cuando habiéndose celebrado no se adopte el acuerdo por imposibilidad o por ser contrario a la disolución, supuestos ante los cuales el artº 25.3

⁶⁷⁰ Vid. SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de...”. Op. cit. p. 159.

dispone que *“los administradores estarán obligados a solicitar la disolución administrativa de la entidad en el plazo de diez días naturales a contar desde la fecha en que debiera haberse convocado la junta o asamblea (...) cuando la misma no fuese convocada, o desde la fecha prevista para la celebración de la misma, cuando ésta no se haya constituido, o, finalmente, desde el día de la celebración, cuando el acuerdo de disolución no pudiese lograrse o éste hubiera sido contrario a la disolución”*.

La Ley de Ordenación, como veremos más adelante y con la excepción de las entidades cooperativas, declara aplicables los artículos 261 a 265 de la Ley de Sociedades Anónimas, en lo que no se opongan a aquella. El artº 263 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el acuerdo de disolución deberá inscribirse en el Registro Mercantil, debiendo ser publicado en el Boletín Oficial de dicho Registro y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social. Pues bien, en relación con el tema de la publicidad del acuerdo de disolución el artº 83.1 del Reglamento de Ordenación establece que cuando *“los administradores o liquidadores”* incumplan los referidos deberes de publicidad *“la Dirección General de Seguros podrá realizar dicha publicidad, por cuenta de la entidad (...) y, en su caso, a través de los medios que estime más convenientes para subsanar o atenuar las consecuencias del incumplimiento”*. Lo anterior, sigue diciendo el Reglamento debe entenderse sin perjuicio de lo previsto en el artº 27.3.e) de la Ley sobre la posibilidad de que el Ministro de Economía cese a los liquidadores cuando éstos incumplan las prescripciones de dicha Ley.

Además, el artº 87.1 del Reglamento, exige que *“una vez acordada la disolución”*, los administradores o liquidadores remitan los siguientes documentos a la Dirección General de Seguros:

1º.- Certificación acreditativa del acuerdo de disolución adoptado por los órganos sociales competentes de la entidad, que se remitirá dentro de los tres días siguientes al de la fecha de su adopción.

2º.- Certificación acreditativa del acuerdo adoptado por los órganos competentes de la entidad nombrando liquidadores, que se remitirá dentro de los tres días siguientes a aquél en que hubiesen sido nombrados y en la que, al menos, se hará constar:

a) Liquidadores designados, consignando los datos que deben constar en el Registro de los altos cargos de entidades aseguradoras y reaseguradoras previsto en el artículo 74 de la Ley.

b) Domicilio de la oficina liquidadora.

c) Remuneración que se les asigne, salvo que lo efectúen gratuitamente, en cuyo caso, se hará constar así expresamente.

3º.- Justificación de haber publicado el acuerdo de disolución y el llamamiento a los acreedores no conocidos, dentro de los tres días siguientes a aquél en que se hubiesen realizado la publicación y el llamamiento.

2.4. Disolución en vía administrativa

Como se comentó anteriormente, cuando resulta imposible la adopción del acuerdo social de disolución, la Ley prevé que ésta sea declarada por la Administración. Así, el primer párrafo del artº 26.4 de dicha Ley dispone que “*conocida por el Ministerio de Economía (...) la concurrencia de una causa de disolución así como el incumplimiento por los órganos sociales de lo dispuesto en los números precedentes, procederá a la disolución administrativa de la entidad*”.

Una vez conocida por la Administración la concurrencia de una causa de disolución, el indicado precepto dispone que procederá la apertura del procedimiento administrativo de disolución el cual podrá ser iniciado a instancias de los administradores de la entidad (en cumplimiento del mandato que les formula el artº 25.3 de la Ley) o de oficio por la propia Administración, estableciendo, además, que “*tras las alegaciones de la entidad afectada, el Ministerio de Economía (...) procederá, en su caso, a la disolución administrativa de la entidad, sin que sea necesaria, a estos efectos, la convocatoria de su junta o asamblea general*”. Así pues, una vez incoado el procedimiento, debe substanciarse el trámite de alegaciones para que la entidad presente las que pudiera considerar oportunas, para posteriormente proceder, en su caso, a dictar el Ministerio la resolución sobre disolución administrativa de la entidad, para la cual no será necesaria la convocatoria de junta o asamblea general, aunque un sector de la doctrina considera posible “que la Administración convoque la Junta o inste su convocatoria con el fin de que de este modo se cumpla el trámite de audiencia”⁶⁷¹. Dicha junta se estima que “nada tiene que ver con la de disolución que es a la que se refiere el texto legal. En efecto, quien ha de cumplimentar el trámite de audiencia es la propia entidad, ya que el asunto sobre el que las posibles alegaciones han de versar es competencia exclusiva de la junta, y aún en ciertos casos, con mayoría reforzada”. Tema que esta postura doctrinal enlaza con la poca probabilidad de que las alegaciones puedan ser presentadas por las administradores o directivos exponiéndose a una acción de responsabilidad de las establecidas en los arts. 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas. Una vez cumplimentado el trámite de audiencia se procederá a dictar la resolución que corresponda⁶⁷². Si dicha resolución acuerda la disolución administrativa de la entidad deberá contener la revocación de la autorización para operar en todos los ramos que la entidad tenga autorizados, según establece el segundo párrafo, *in fine* 26.4 de la Ley.

2.5. Régimen supletorio de las Ley de sociedades Anónimas

El artº 26.5 de la Ley admite la aplicación supletoria de las normas sobre disolución previstas en la Ley de sociedades Anónimas, con excepción de las cooperativas de seguros a las cuales les será de aplicación su normativa específica; y todo ello siempre que dichas normas supletorias no contradigan lo prevenido por la Ley de Ordenación. A tal efecto dicho precepto dispone que “*en lo no regulado expresamente en los números anteriores y en cuanto no se oponga a los mismos, se aplicarán las normas contenidas en los artículos 261 a 265 de la Ley de Sociedades*

⁶⁷¹ IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “La supervisión de la actividad aseguradora en la nueva Ley”, en “*Manual de la nueva Ley del Seguro*”, Tomo I, p. 148. EXPANSIÓN. Madrid 1995

⁶⁷² BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “*Ley del ...*”. Op. cit. pp. 188 y 189.

Anónimas. No obstante, las cooperativas de seguros se regirán por las reglas de disolución contenidas en su legislación específica”.

Los citados artículos de la Ley de Sociedades Anónimas hacen referencia a: - la disolución por transcurso del término (artº 261); - las normas para adoptar el acuerdo social de disolución (artº 262); - la publicidad de dicho acuerdo (artº 263); - la subsistencia de la personalidad jurídica durante la liquidación y la inclusión de la frase “en liquidación” en la denominación social (artº 264); y, la posibilidad de intervención del Gobierno para poder decretar la continuación de la sociedad, a solicitud de los accionistas o de los trabajadores y en determinadas circunstancias de interés social o de conveniencia para la economía nacional (artº 265).

En relación con este tema se ha planteado por la doctrina si resulta aplicable a las entidades aseguradoras lo dispuesto en el artº 262.5 de la Ley de Sociedades anónimas, que impone la responsabilidad solidaria de los administradores que incumplan las obligaciones que les impone dicho precepto y, entre ellas, la de convocar la junta para la disolución de la sociedad, considerando que “si bien la cuestión es discutible, entendemos que tan severa consecuencia no es aplicable a las entidades aseguradoras en cuanto que la propia LOSSP establece la responsabilidad administrativa de los administradores por el incumplimiento de esas obligaciones y además se prevén unos plazos diferentes a los establecidos en el artº 262 de la Ley de Sociedades Anónimas y la posibilidad de que el Ministerio de Economía y Hacienda de oficio pueda declarar la disolución administrativa”⁶⁷³

Por lo que se refiere a la Ley de Cooperativas las normas aplicables serían las contenidas en su artº 70.2,3,4 y5 relativos a: - el transcurso del término de duración (70.2); - las normas para adoptar el acuerdo social de disolución (70.3); - las normas de publicidad del acuerdo (70.4); y, - el régimen del acuerdo social de reactivación de la sociedad, siempre que no hubiere comenzado el reembolso de las aportaciones a los socios (70.5).

3. LIQUIDACIÓN DE ENTIDADES

3.1. Concepto de liquidación

Mientras que la disolución es un acto, la liquidación ha sido definida como “un proceso o conjunto de actos; una serie de operaciones sucesivas dirigidas a hacer posible el reparto del patrimonio social entre los accionistas, previa satisfacción de los acreedores sociales.”⁶⁷⁴

Nos remitimos a lo comentado al tratar el tema del concepto de disolución. No obstante consideramos oportuno recordar lo dicho sobre que la disolución puede decirse que es, en sí misma, de naturaleza simple y un acontecimiento de tracto instantáneo, una situación estática, un hecho o acto jurídico que, eso sí, tiene una gran capacidad para condicionar la actividad futura de la sociedad ya que una vez “disuelta” ésta “se abrirá el periodo de liquidación”, según establece la normativa. Disuelta la sociedad se abre la

⁶⁷³ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de...”. Op. cit. p. 160.

⁶⁷⁴ URÍA, Rodrigo. “Derecho Mercantil”. Op. cit. p. 335. Madrid 1975.

liquidación que es calificada como “periodo” por las leyes⁶⁷⁵, y que como tal es una situación dinámica, de tracto sucesivo, compleja, y configurada por un proceso constituido de una multiplicidad de actos independientes pero todos tendentes a un único fin: la realización del patrimonio social (bienes, derechos y obligaciones, el reparto del remanente, si lo hubiere, y la extinción de la sociedad como persona jurídica.

La liquidación será, pues, la consecuencia inevitable de la disolución de la sociedad, salvo en los supuestos de fusión, escisión total y cesión global del activo y el pasivo.

3.2. Clases de liquidación

Las formas de liquidación de las entidades aseguradoras pueden agruparse en cuatro modalidades, siguiendo a un sector de la doctrina⁶⁷⁶. Así, cabe distinguir entre: - la *liquidación propia*, llevada a cabo por la propia sociedad, sin que intervenga directamente la administración ; - la *liquidación intervenida por la Administración*, cuando ésta controla directamente los actos liquidatorios mediante la designación de interventores que, sin ostentar la representación de la entidad, supervisan la actuación de los liquidadores; - la *liquidación ejecutada por el consorcio de Compensación de Seguros*, cuando es dicho organismo el que asume la totalidad del proceso liquidatorio, sustituyendo a todos los órganos de la sociedad afectada; y la *liquidación judicial*, cuando la liquidación se haga por esta vía a causa de procedimientos de suspensión de pagos o quiebra.

3.3. Efectos de la liquidación

En síntesis, los efectos generales de la liquidación consisten en que deben ser liquidadas todas las sucursales de la entidad, se suspende la contratación de nuevas pólizas y las que estén en vigor pueden continuar hasta su vencimiento, salvo que se haya acordado el vencimiento anticipado de las mismas.

A tales efectos, el artº 27.1 de la Ley de Ordenación establece que *“la liquidación de una entidad aseguradora española comprenderá también la de todas sus sucursales. Durante el período de liquidación no podrán celebrarse las operaciones definidas en el artículo 3, pero los contratos de seguro vigentes en el momento de la disolución conservarán su eficacia hasta la conclusión del período del seguro en curso, venciendo en dicho momento sin posibilidad de prórroga, sin perjuicio de la opción de vencimiento anticipado con arreglo a lo preceptuado en la letra d) del número 2 del presente artículo”*.

La liquidación de “todas” las sucursales afecta no solo a las que puedan existir en España sino también a las que puedan estar funcionando en terceros países o en países del Espacio Económico Europeo bajo el régimen de derecho de establecimiento.

La prohibición de realizar operaciones de las definidas en el artº 3 de la Ley hace referencia a las que este precepto contienen para delimitar el ámbito objetivo de la Ley.

⁶⁷⁵ Artº 266 de la Ley de Sociedades y artº 71.1 de la Ley de Cooperativas.

⁶⁷⁶ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de...”. Op. cit. p. 161 a 163.

No solo afectará a las operaciones propiamente aseguradoras relativas al seguro directo incluida la capitalización, y al reaseguro, sino que también afectará a las operaciones preparatorias, complementarias o de prevención que la entidad pudiera estar realizando.

Respecto a la vigencia de los contratos, se declara que éstos conservarán su eficacia hasta que concluya la duración del periodo de seguro en curso, pero que no podrán ser prorrogados a su vencimiento. Tanto la prohibición de realizar nuevos contratos como la de prorrogar los existentes son normas de antigua tradición en el Derecho de Seguros español ya que la primera venía establecida en el artº 120 del Reglamento de Seguros de 1912, que fue aclarado por la Real Orden de 9 de enero de 1928 en el sentido de considerar incluido en dicho precepto la prohibición de prorrogar los contratos existentes.

La posibilidad de acordar el vencimiento anticipado de los contratos es una de las medidas que puede adoptar la Administración durante la liquidación de la entidad, y a las que a continuación haremos referencia.

3.4. Medidas adoptables durante la liquidación

El artº 27.2 de la Ley, que regula este tema, comienza por establecer, durante todo el periodo de la liquidación, un principio de mantenimiento de las funciones de supervisión que la Administración tienen conferidas legalmente sobre las entidades aseguradoras. Así, el primer párrafo de dicho precepto establece que *“en la liquidación, y hasta la cancelación de la inscripción en el Registro administrativo, el Ministerio de Economía...conservará todas sus competencias de ordenación y supervisión sobre la entidad en liquidación”*. Además, dispone el precepto, el Ministerio podrá adoptar las siguientes medidas, que exponemos en síntesis y que a continuación trataremos: intervenir la liquidación de la entidad; designar liquidadores o encomendar la liquidación al Consorcio de compensación de Seguros; acordar la cesión total o parcial de la cartera; y, acordar el vencimiento anticipado de los contratos

3.4.1. Intervenir la liquidación de la entidad.

El artº 27.2.a) de la Ley prevé este supuesto cuando reconoce como posible medida adoptar por el Ministerio de Economía la de *“acordar la intervención de la liquidación para salvaguardar los intereses de los asegurados, beneficiarios y perjudicados o de otras entidades aseguradoras”*. Además establece el precepto que *“decidida la intervención, estarán sujetas al control de la Intervención del Estado las actuaciones de los liquidadores en los términos definidos en este precepto, en el artículo 39.3, [relativo al establecimiento de la intervención de entidades como medida de control especial complementaria para garantizar el cumplimiento de estas últimas] y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo”*.

Más adelante trataremos el tema de la intervención administrativa en la liquidación de entidades aseguradoras, si bien conviene indicar aquí, como ya ha sido señalado, que aunque aún en el supuesto de que la liquidación fuera efectuada por la propia entidad la Administración conserva “su control genérico, su vigilancia en la sociedad en liquidación (...) Ahora bien, lo característico de la liquidación intervenida

es que esa vigilancia o control se hace más intensa al designarse un interventor que va a vigilar más de cerca la liquidación.”⁶⁷⁷.

La finalidad de la adopción de esta medida, como deja explícito el texto legal, es la de *salvaguardar los intereses de los asegurados, beneficiarios y perjudicados o de otras entidades aseguradoras*, relación en la que también habría que incluir a los tomadores, pues aunque éstos ostenten solo esa posición jurídica en la póliza pueden tener acciones de reclamación derivadas de la misma; y se adopta dicha medida, como es lógico, cuando existan indicios suficientes para deducir que la liquidación efectuada por la vía normal, sin intervención directa de la Autoridad Supervisora, no tiene garantías suficientes de ser llevada a cabo de manera correcta y escrupulosa sin menoscabo de los derechos de los acreedores por operaciones derivadas de la actividad aseguradora de la entidad.

3.4.2. Designar liquidadores o encomendar la liquidación al Consorcio de Compensación de Seguros

Otra de las posibles medidas a adoptar por la Administración, artº 27.2.b) de la Ley, es la de *“designar liquidadores o encomendar la liquidación al Consorcio de Compensación de Seguros en los supuestos enumerados en el artículo 13 bis de su Estatuto Legal”*.

No obstante la claridad del precepto, y como ha señalado la doctrina⁶⁷⁸, conviene hacer alguna precisión a la remisión hecha al artº 13 bis del Estatuto Legal del Consorcio (antes 31 de la Ley de Ordenación), que es el que regula el objeto y funciones de dicho organismo en cuanto se refiere a la liquidación de entidades aseguradoras. En primer lugar la referencia debe entenderse solo en relación con el nº 1 de dicho artículo que trata de los supuestos en los que puede encomendársele al Consorcio la liquidación de una entidad y, en segundo lugar, solo en cuanto afecta a los supuestos a) y d) de dicho número 1 (encomienda de la liquidación simultáneamente a la disolución administrativa y aceptación de la petición de la propia entidad, si se aprecia causa justificada), ya que los supuestos b) y c) del artº 13 bis del citado Estatuto (falta de nombramiento de liquidadores por la entidad, incumplimiento por estos de la normativa, o cuando se retrase o dificulte la liquidación) se encuentran relacionados con el propio artº 27.3, letras b) y e).

3.4.3. Acordar la cesión de oficio de la cartera de pólizas

La tercera medida de posible adopción, contenida en el artº 27.2.c) es la de *“disponer, de oficio o a petición de los liquidadores, la cesión general o parcial de la cartera de contratos de seguro de la entidad para facilitar su liquidación”*.

Como el propio precepto señala la finalidad de la medida es la de facilitar la liquidación de la entidad. Con la cesión de cartera se consigue, por un lado, mantener la

⁶⁷⁷ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de...”. Op. cit. p. 162.

⁶⁷⁸ Vid al respecto NUÑEZ LOZANO. María del Carmen. “Ordenación y supervisiónOp. cit. pp. 277 y 278.

eficacia de la cobertura contenida en las pólizas en beneficio, también, de los intereses de los tomadores, asegurados y beneficiarios que no verán, así, rescindidos sus contratos y, por otro, agilizar la operaciones de liquidación al evitar la realización individual de un gran número de operaciones de liquidación, ya que la cesión implica la subrogación de la cesionaria en la totalidad, o en parte, de los derechos y obligaciones de la cedente y la transmisión a la cesionaria de los activos en que estén representadas las provisiones técnicas correspondientes a los contratos cedidos⁶⁷⁹.

Esta materia ha sido desarrollada por el Reglamento de Ordenación el cual en su artº 85 establece el procedimiento para efectuar la cesión de oficio de la cartera, el cual se desarrolla en las cuatro fases siguientes: 1ª) resolución y posible publicación de la misma en los Boletines Oficiales del Estado y de las Comunidades Europeas; 2ª) comunicación por la cedente de las ofertas recibidas, con su orden de preferencia; 3ª) resolución determinando la entidad cesionaria; y 4ª) cesión de cartera propiamente dicha.

Respecto a la fase primera, el primer párrafo del indicado artº 85.1 establece que *“si la Dirección General de Seguros estimara conveniente proceder de oficio a la cesión de cartera (...) podrá publicar en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas la resolución por la que se pone de manifiesto esta intención”*, facultad de publicar que, como se ve, es discrecional.

Además, el citado precepto establece que en la publicación se hará constar el lugar y el plazo en los que se deberá tener a disposición de las posibles entidades interesadas la documentación relativa a la cartera objeto de la cesión, y dicho Órgano deberá requerir a la entidad cedente para que garantice el cumplimiento de lo anterior.

La entidad cedente tiene, pues, obligación de proporcionar a las posibles cesionarias sobre las características de la cartera pero, no obstante, la información a proporcionar a las posibles entidades adquirentes de la cartera tiene ciertas limitaciones, con el fin de impedir que puedan realizarse actuaciones que pudieran poner en peligro la integridad de la cartera como conjunto de los contratos afectados por la medida, lo cual ocurriría si fuera posible poder captar directamente de los tomadores o de los intermediarios partes concretas de la misma. Por ello el precepto reglamentario establece también que de la obligación de informar que tiene la cedente *“se excluye aquella información que permita a las entidades aseguradoras interesadas dirigirse directamente a los tomadores, asegurados o mediadores de seguro”*.

La segunda fase comenzará una vez transcurrido el plazo de presentación de ofertas ya que, una vez finalizado dicho plazo, la entidad cedente dispone de quince días

⁶⁷⁹ Vid. DE ANGULO RODRIGUEZ, Luis. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”, en *“Estudios y comentarios sobre la ley de ordenación y supervisión de los seguros privados”*, pp. 134 a 138. AIDA Sección Española - Fundación MAPFRE Estudios. Editorial MAPFRE. Madrid.1997. En dicho trabajo, pp. 134 y 135, se define la cesión de cartera como la “operación por la que una aseguradora cede a otra un conjunto de contratos de seguros en curso, que representan la totalidad de los concertados por la cedente en todos o en alguno de los ramos en que opere o aquella parte de los mismos que correspondan a una modalidad o zona geográfica determinada, subrogándose la cesionaria en la totalidad o en parte de los derechos y obligaciones de la cedente, todo ello con autorización administrativa y mediante escritura pública que habrá de inscribirse en el registro Mercantil”.

para estudiar las ofertas recibidas y remitirlas a la Dirección General de Seguros indicando, en su caso, el orden de preferencia de las ofertas y la justificación de su propuesta. (segundo párrafo del citado artº 85.1).

Presentadas las ofertas en la Dirección General de Seguros se abriría la tercera fase tendente a dictar, en su caso, la resolución designando la entidad cesionaria, en orden a lo cual el párrafo tercero del indicado precepto dispone que *“la Dirección General de Seguros dictará resolución señalando la entidad cesionaria, para la cual, junto al orden de preferencia antes señalado, considerará especialmente la situación patrimonial, la organización administrativa y contable, y la experiencia de las entidades interesadas”*. Como se deduce del texto anterior la Administración no está obligada a seleccionar como entidad o entidades cesionarias (que podrían ser varias: piénsese, por ejemplo, en la liquidación de una entidad autorizada para operar en seguros de vida y de no vida) aquella o aquellas que hayan sido elegidas por la entidad en liquidación, ya que para adoptar su resolución puede tener en consideración otros aspectos de tipo financiero-patrimonial, organizativo o de presencia y experiencia en el mercado que le hagan decidirse por otra de las entidades ofertantes.

Por otra parte, el término “dictará”, que utiliza el precepto, creemos que no debe ser interpretado en el sentido de que de modo imperativo la Administración está obligada a adjudicar la cesión de cartera a alguna de las entidades interesadas: en primer lugar porque la propia adopción de la medida, de la que trae causa el procedimiento de cesión de oficio, al igual que las demás previstas por el artº 27.2 de la Ley, es de naturaleza potestativa; y, en segundo lugar, porque no tendría que ser así y carecería de sentido que la Administración se viera obligada a adoptar una decisión inconveniente y perjudicial para los asegurados de la entidad cedente y para ella misma si ninguna de las ofertas recibidas reuniera las condiciones suficientes para garantizar las obligaciones derivadas de los contratos objeto de cesión.

Dictada, en su caso, la resolución de la Dirección General de Seguros designando la entidad cesionaria, comenzaría lo que hemos denominado cuarta fase del procedimiento que nos ocupa, a cuyos efectos señala el Reglamento en su artº 85.2 que *“una vez determinada la entidad cesionaria, el procedimiento de cesión de oficio de la cartera de seguros se ajustará a los preceptos de la Ley y del presente Reglamento, en la medida que sean conformes con su naturaleza”*. De lo anterior se deduce que, como es lógico, el procedimiento de cesión de oficio no finaliza con la resolución de la Administración determinando la entidad o entidades cesionarias, sino que continúa con la parte precisamente más compleja de la operación cual es materializar la cesión de cartera, cesión que habrá que llevar a cabo con arreglo a las normas generales contenidas en el artº 22 de la Ley y el artº 70 del Reglamento, en la medida que tales normas se adapten a la naturaleza del procedimiento de cesión de cartera de oficio (por ejemplo, no serán necesarias, como resulta obvio, la solicitud de autorización ni la presentación de los acuerdos de los órganos sociales de las entidades).

3.4.4. Acordar el vencimiento anticipado de los contratos

La última de las medidas que, según el primer inciso del artº 27.2.d) de la Ley, puede adoptar la Administración durante la liquidación de una entidad aseguradora es la de *“determinar la fecha de vencimiento anticipado del período de duración de los*

contratos de seguro que integren la cartera de la entidad en liquidación, con el objeto de evitar mayores perjuicios a los asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados amparados por dichos contratos”.

La anticipación del vencimiento de los contratos de seguro de una entidad en liquidación es norma también tradicional en nuestro ordenamiento asegurador, que ya venía considerada por el Reglamento de Seguros de 1912 en sus artículos. 124 y 127 los cuales , para el caso de las entidades mutuas de seguros contra daños y las mutuas de seguros sobre la vida a prima fija, respectivamente, establecían el cese del “efecto de las pólizas” una vez acordada la liquidación.

Como señala el vigente Reglamento la finalidad de la medida es la de evitar mayores perjuicios a los asegurados, beneficiarios y perjudicados, y también aquí, al igual que en el caso de la intervención administrativa en la liquidación, consideramos que los intereses de los tomadores se encuentran protegidos por esta medida. Medida que cobra su sentido si se piensa que puede haber situaciones de liquidación donde la falta de solvencia de la entidad haga aconsejable no incrementar el número de siniestros ya existentes con los que se producirían si se mantiene la duración de las pólizas hasta su vencimiento, y que de no ser adoptada podría transmitirse a los tomadores, asegurados y beneficiarios una falsa expectativa de normalidad en las coberturas que tengan contratadas sin que realmente estén garantizados los riesgos contratados.

Por la doctrina se ha señalado la excepcionalidad de la medida, al comentar el precepto similar contenido en la anterior Ley de Ordenación de 1984. Así, se sostiene que “la norma legal de que se trata puede considerarse excepcional por dos razones: primera, porque siendo más grave y rigurosa la *quiebra* que la *liquidación*, se atribuye a esta última una virtualidad que la quiebra generalmente no tiene: la de ser causa de resolución de los contratos pendientes de cumplimiento; y, segunda, porque siendo el contrato de seguro una relación obligatoria negocial de carácter genuinamente jurídico-privado, se produce su extinción por un acto administrativo.”⁶⁸⁰

Naturalmente que la medida es evidentemente excepcional, pero tal excepcionalidad vendrá justificada al tener en cuenta las consideraciones antes indicadas y que el contrato de seguro, por ser de tracto sucesivo, está surtiendo plenos efectos de cobertura durante toda su duración, lo cual significa que, con la prima que se paga al inicio del contrato, el asegurador debe estar en condiciones de hacer frente a un posible siniestro cualquiera que sea el momento de dicha duración en el que se produzca. Permitir que los contratos sigan en vigor cuando se tienen constancia de que la entidad en liquidación no posee solvencia suficiente para hacer frente a los compromisos asumidos en sus pólizas, es tanto como defraudar los intereses de los tomadores y asegurados que se encontrarán, inevitablemente, con que realmente han estado sin cobertura, sus siniestros -si ocurren- no van a poder ser atendidos y, además, habrán perdido la parte de prima que, probablemente, podrían haber recuperado correspondiente al periodo de tiempo que quede por transcurrir desde la fecha de vencimiento anticipado hasta la del vencimiento que conste en la póliza.

⁶⁸⁰ GOMEZ CALERO, Juan. “Régimen de los contratos de seguros durante el periodo de liquidación”., en “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*”. Tomo II, pp. 57 y 58. CUNEF. Madrid 1988.

El Reglamento en su artº 84.1. aclara que el órgano competente para adoptar la medida es “la Dirección General de Seguros” y que dicha medida podrá tomarse “*a iniciativa propia o a petición de los liquidadores o administradores de la entidad o de los interventores*”, así como que el vencimiento anticipado podrá serlo “*de la totalidad o de parte de los contratos de seguro*”.

Pero el acuerdo de vencimiento anticipado debe atenerse a ciertas condiciones señaladas por la Ley, cuando en el inciso segundo del citado artº 27.2.d) de la Ley dispone que la determinación del vencimiento anticipado de las pólizas “*respetará el equilibrio económico de las prestaciones en los contratos afectados y deberá tener lugar con la necesaria publicidad, con una antelación de quince días naturales a la fecha en que haya de tener efecto y, salvo que concurran circunstancias excepcionales que aconsejen no demorar la fecha de vencimiento, simultáneamente al cumplimiento por los liquidadores del deber de informar*” que les impone el propio artº 27 en su nº 3 c), el cual establece que los liquidadores, entre otras obligaciones, tienen la de informar a los asegurados si la Dirección General de Seguros ha acordado el vencimiento anticipado de los contratos mediante notificación individual a los conocidos y llamamiento a los desconocidos mediante anuncios en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en dos diarios, al menos, de los de mayor circulación en el ámbito de actuación de la entidad.

Exige, en consecuencia, la Ley que el acuerdo de anticipación del vencimiento *respetará el equilibrio económico de las prestaciones*, y se hará con la *necesaria publicidad* que deberá ser simultánea al cumplimiento por los liquidadores del deber de informar, salvo circunstancias excepcionales que aconsejen no demorar la fecha de vencimiento.

El respeto al equilibrio económico de las prestaciones se refiere, principalmente, a que el tomador tendrá derecho a recuperar la parte de prima que corresponda al periodo de tiempo en el que el contrato ha quedado ineficaz.

Respecto a la publicidad, la Ley dispone que la medida deberá hacerse pública “*con una antelación de quince días naturales a la fecha en que haya de tener efecto, (...) simultáneamente al cumplimiento por los liquidadores del deber de informar*”, extremos que han sido concretados por el Reglamento el cual, en su artº 84.2, establece que la resolución “*será notificada a la entidad y deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado con una antelación de, al menos, quince días naturales a la fecha en que haya de tener efecto el vencimiento anticipado de los contratos, período durante el cual los liquidadores deberán notificarlo individualmente a los tomadores o asegurados, en su caso*”. Así pues, la resolución deberá ser comunicada a la entidad (debe entenderse que a sus liquidadores), la fecha de efecto del vencimiento habrá de ser posterior, al menos, en quince días naturales a la de publicación en el Boletín Oficial y durante dicho plazo los liquidadores deberán dar cumplimiento al mandato antes indicado, contenido en el artº 27.3.c) de la Ley, en lo que al vencimiento anticipado se refiere, mandato que ejecutarán mediante la notificación individual, a los tomadores y asegurados, tanto del vencimiento anticipado de los contratos como de su fecha de efecto y la forma en que deberán solicitar el reconocimiento de sus créditos.

Como se deduce de lo expuesto, la “simultaneidad” no consiste en que el anuncio de la Administración y la notificación y anuncios de los liquidadores deban coincidir en fecha, sino que estos deberán cumplir con sus obligaciones informativas durante el plazo que medie entre la publicación que efectúa la Administración y la fecha de efecto del vencimiento anticipado. El plazo de quince días nos parece algo escaso para la efectividad de la publicidad ya que si se apura al máximo, y teniendo en cuenta que tanto la notificación a la entidad como la publicación en el Boletín Oficial del Estado serán cursados al mismo tiempo, siempre se perderán algunas fechas hasta que lo reciba la entidad y si a eso se añaden los días precisos para que los liquidadores puedan cursar las notificaciones, aumenta el riesgo de que los asegurados y tomadores conozcan el vencimiento de sus contratos después de su fecha de efecto, con los consiguientes problemas en caso de que haya habido algún siniestro ocurrido después de dicha fecha. Además, se agrava la situación en el caso de los interesados “desconocidos” cuya notificación se hará mediante los anuncios anteriormente indicados: así, los anuncios relativos a aquellos sobre los que la entidad conozca tal situación en el momento de la notificación de la resolución administrativa podrán tener los mismos problemas antes planteados; pero si los interesados “desconocidos” surgen, como por otra parte ocurrirá, después de cursar la notificación individual mediante las devoluciones de dicha notificación por problemas surgidos en el domicilio, aumenta considerablemente la probabilidad de que los interesados conozcan la fecha de efecto con posterioridad a la misma o, incluso, de que los propios anuncios que se publiquen para ellos se hagan con posterioridad a dicha fecha.

No obstante lo anterior, tal y como establece la propia Ley según se indicó anteriormente, la simultaneidad en la publicación del acuerdo puede no tener que cumplirse si la Administración aprecia que concurren “*circunstancias excepcionales*” que lo justifican. En tal sentido el Reglamento, en su artº 85.3, concreta que en tales supuestos en que concurren dichas “*circunstancias excepcionales*”, “*la Dirección General de Seguros podrá declarar la fecha de vencimiento anticipado de los contratos de seguro sin sujeción al plazo previsto en el apartado anterior y requerirá a los liquidadores para que en el plazo de diez días naturales hagan público el acuerdo en dos diarios de los de mayor circulación en el ámbito territorial de actuación de la entidad aseguradora, sin perjuicio de que deban realizar la comunicación individualizada a los tomadores de seguro, en un plazo de quince días naturales a contar desde la notificación de la resolución*”. Con ello se hace posible que el vencimiento de los contratos tenga efectos, incluso, desde la misma publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Estado. Para reforzar tal medida los liquidadores, en el indicado plazo de diez días naturales, deberán hacer público el acuerdo en los dos diarios referidos, sin perjuicio de que deban realizar la notificación individual en el plazo previsto.

3.5. Régimen jurídico de los liquidadores

El régimen jurídico del nombramiento, actuación y responsabilidad de los liquidadores viene establecido por el artº 27.3 de la Ley de Ordenación. Dicho régimen se trata a continuación:

3.5.1. Requisitos para ser liquidador

La Ley, en su artº 27.3.a) y el Reglamento en el artº 86 imponen los mismos requisitos para poder ser liquidadores que los establecidos para los administradores en el artículo 15.2 y 3 de la Ley: honorabilidad y condiciones necesarias de cualificación o experiencia profesionales para ejercer sus funciones, precisando el Reglamento que, además de lo establecido en la Ley, la experiencia profesional “*se considerará acreditada por quienes hayan desempeñado en los últimos cinco años funciones de liquidación de otras entidades aseguradoras y no hubieran incumplido sus obligaciones*”.

3.5.2. Falta de nombramiento de liquidadores

La Ley -artº 27.3.b)- otorga un plazo, no superior a los quince días siguientes a la disolución, para que la entidad proceda al nombramiento de liquidadores, pero también dispone que cuando el nombramiento no se haya producido o cuando el realizado no cumpla “*los requisitos legales y estatutarios, el Ministro de Economía (...) podrá designar liquidadores o encomendar la liquidación al Consorcio de Compensación de Seguros*”.

El precepto establece con claridad que el órgano competente para la designación de liquidadores es el Ministro quien, en defecto de los que debió nombrar la entidad, podrá elegir entre dicha designación o encomendar la liquidación al Consorcio.

3.5.3. Elaboración de inventario, balance de liquidación. Obligación de publicidad y de informar a la Dirección General de Seguros

Según los artículos 27.3.c) de la Ley y 87.2 del Reglamento, los liquidadores, en un plazo de un mes a contar desde su nombramiento tienen que formalizar y suscribir el inventario y el balance de la entidad, debiendo someterlos “*a la Dirección General de Seguros o, si la liquidación fuese intervenida, al Interventor.*” Por su parte, aclara el precepto reglamentario (artº 87.2.a, 2º y 3º) que el balance de situación se confeccionará con referencia a la fecha del acuerdo de disolución, y que el inventario se efectuará “*a valor liquidativo*” y comprenderá “*los bienes y derechos que componen el activo de la entidad y una relación de los acreedores conocidos de la misma, referidos a la fecha de comienzo de la liquidación, especificando la naturaleza, cuantía y justificación de sus créditos.*”

Los liquidadores tienen también obligación de efectuar las necesarias actuaciones de publicidad frente a los acreedores y los asegurados. Por ello, el segundo inciso del artº 27.3.c) de la Ley dispone que aquellos deberán informar a los acreedores acerca de la situación de la entidad y, en particular a los asegurados sobre si se ha adoptado la medida de vencimiento anticipado de los contratos informándoles y, en su caso, la fecha del mismo, y la forma en que han de solicitar el reconocimiento de sus créditos. Tales obligaciones de publicidad para con los acreedores y asegurados de la entidad deberán ser llevadas a efecto “*mediante notificación individual a los conocidos y llamamiento a los desconocidos a través de anuncios, aprobados en su caso por el Interventor, que se publicarán en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en dos diarios, al menos, de los de mayor circulación en el ámbito de actuación de la entidad aseguradora*”.

Por su parte el Reglamento, en el citado artº 87.2, impone otra serie de obligaciones a los liquidadores. Así, además de la antes citada relativa a la confección del balance y el inventario a la fecha de la disolución, los liquidadores deberán remitir a la Dirección General de Seguros, o a los interventores si la liquidación fuese intervenida, información inicial y trimestral relativa a la organización, medios, plazos y medidas a adoptar para la realización material de la liquidación y al desarrollo de esta última.

La información inicial, que debe ser remitida en el plazo de un mes desde la fecha de nombramiento de los liquidadores, es la siguiente:

1.º Descripción de la estructura de la organización que se proyecte mantener en el transcurso del período de liquidación y de los medios propios o ajenos que se propone destinar a garantizar la atención a los acreedores de la entidad durante dicho período.

2.º Plazos estimados para la realización de las distintas clases de activos, para el pago de las deudas de la entidad, con especial mención a los plazos de liquidación de las contraídas por la entidad por razón de contratos de seguro, y para la finalización de la liquidación. Los liquidadores incluirán las explicaciones necesarias para justificar los plazos propuestos.

3º Medidas a adoptar, en su caso, para la cesión parcial o total de la cartera de contratos de seguro o el rescate o resolución anticipada de los mismos.

4º Cualesquiera otros extremos que pudieran tener incidencia en la liquidación de la entidad.

También, como se dijo, los liquidadores deben remitir trimestralmente una memoria sobre la marcha de la liquidación, las desviaciones observadas y las medidas correctoras a adoptar.

3.5.4. Medidas para agilizar la liquidación

Con la finalidad de que la liquidación pueda llevarse a cabo en el menor tiempo posible, lo cual redundaría en beneficio de los créditos pendientes de acreedores y asegurados, la Ley en su artº 27.3.d) establece que los liquidadores “*adoptarán las medidas necesarias para ultimar la liquidación en el plazo más breve posible,*”, disposición que el término “adoptarán” convierte en mandato imperativo pero que hay que entender como de carácter genérico y como principio que debe orientar la actuación de los liquidadores, ya que lo que no puede hacer la Ley, evidentemente, es obligar a concretas acciones liquidatorias. El incumplimiento de dicho mandato no se pondrá de manifiesto por acciones u omisiones específicas sino por una conducta, prolongada en el tiempo, que produzca retrasos injustificables producto de la inexperiencia, la mala gestión, la negligencia o, incluso, la mala fe, lo cual provocará el cese de los liquidadores, de acuerdo con lo que trataremos a continuación, y la deducción, en su caso, de las correspondientes responsabilidades civiles y penales.

Para poder cumplir con el mandato de agilidad el precepto indicado autoriza a los liquidadores a realizar determinadas operaciones que pueden agilizar el procedimiento de liquidación. Tales operaciones son las siguientes:

1º. La cesión *general o parcial* de la cartera de contratos de seguro, que debe entenderse referida a cualquiera de sus modalidades, ya sea de parte de un ramo, de uno o varios ramos o de todos los ramos en que opere la entidad, cesión que, además, deberá obtener la autorización del Ministro de Economía y, aunque no lo diga el precepto, deberá sustanciarse conforme a lo establecido para esta operación por el artº 22 de la Ley y 97 del Reglamento

2º. Pactar el rescate o resolución de los contratos de seguro

3º. Enajenar los inmuebles sin subasta pública (exigida con carácter general por el artº 272.d) de la Ley de Sociedades Anónimas). Esta operación solo será admitida en dos supuestos: uno, cuando la liquidación sea intervenida por el Estado y otro, cuando el precio de enajenación no sea inferior al de la tasación efectuada por los servicios técnicos de la Dirección General de Seguros o por sociedades de tasación. No obstante en ambos casos la enajenación requerirá la autorización previa de la indicada Dirección General.

Finaliza el precepto estableciendo que, en las liquidaciones intervenidas, para la enajenación de los demás bienes y la realización de los pagos solo se precisará la conformidad del Interventor.

3.5.5. Responsabilidad y cese de los liquidadores

En principio la responsabilidad civil de los liquidadores se regirá por lo prevenido en el artº 279.1 de la Ley de Sociedades Anónimas el cual declara que “los liquidadores son responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo”. Pero, además, el artº 27.3.a) de la Ley de Ordenación dispone que los liquidadores “*estarán sujetos al mismo régimen de responsabilidad administrativa que los administradores de una entidad aseguradora*”. Con lo cual les será de aplicación el artº 42 de dicha Ley que establece la responsabilidad de los que ejercen cargos de administración y los supuestos en que se les puede declarar administrativamente responsables de las infracciones administrativas, graves y muy graves, que cometan las entidades, cuando aquellas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.

Respecto al cese de los liquidadores también su régimen general se encuentra regulado por el artº 280 de la Ley de Sociedades Anónimas el cual dispone que los liquidadores terminan su función: por haberse realizado la liquidación, por revocación de sus poderes acordada en junta general y por decisión judicial, mediante justa causa, a petición de accionistas que representen la vigésima parte del capital social. A dichos supuestos habría que añadir los de fallecimiento, incapacidad o renuncia voluntaria al cargo. Pero también en este caso la Ley de Ordenación, en su artº 27.3.e), dispone un régimen especial para los liquidadores de entidades aseguradoras al establecer que , el Ministro de Economía podrá acordar el cese de los mismos “*cuando...incumplan las normas que para la protección de los asegurados se establecen en esta Ley o las que rigen la liquidación, dificulten la misma, o ésta se retrase*”. Ante tal supuesto el Ministro de Economía “*podrá (...) designar nuevos liquidadores o encomendar la liquidación a la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras*”.

El incumplimiento de las normas sobre protección de los asegurados hace referencia, principalmente, a las contenidas en los artículos 59 a 63 de la Ley de Ordenación, y habrá que interpretar el precepto en el sentido de que se trate de normas de protección al asegurado que puedan resultar aplicables a una entidad en liquidación (no lo serán, por ejemplo, las obligaciones de información al tomador antes de celebrar un contrato, previstas por los números 1 y 3 del artº 59, toda vez que la entidad no puede realizar nuevas operaciones desde su disolución).

3.5.6. Supletoriedad de la Ley de Sociedades Anónimas

El artº 27.3.f) de la Ley de Ordenación finaliza el régimen jurídico de los liquidadores disponiendo que *“en lo demás, los liquidadores sujetarán su actuación a la Ley de Sociedades Anónimas”*. Consideramos que esta previsión de la Ley resulta redundante toda vez que el nº 6 del propio artículo 27 hace una remisión general a los arts. 266 a 281 (salvo los arts. 269 y 270) de esta última Ley y en ellos se encuentran incluidos los preceptos que regulan, con carácter general, el régimen jurídico de los liquidadores. En otro orden de cosas, hay que señalar que al no establecer la Ley de Ordenación excepción alguna debe considerarse incluidas en dicho régimen a las sociedades cooperativas de seguros, ya que cuando la Ley ha querido plantear la excepción lo ha hecho expresamente, como ocurre en el artº 26.5 al regular el régimen jurídico de la disolución de entidades aseguradoras.

3.6. Remoción de la causa de disolución y rehabilitación de la autorización revocada

La revocación de la autorización, la disolución de la entidad y su entrada en periodo de liquidación no conducen inexorablemente a la extinción de la entidad aseguradora. Puede haber supuestos en que se den las condiciones adecuadas para que la entidad pueda reactivar sus operaciones, siempre que se cumplan ciertos requisitos.

Así, el artº 27.4 de la Ley establece que *“durante el período de liquidación, la entidad podrá ofrecer al Ministro de Economía (...) la remoción de la causa de disolución y solicitar de éste la rehabilitación de la autorización administrativa revocada”*.

La remoción de la causa de disolución debe plantearse “durante” el periodo de liquidación y, en consecuencia no cabrá remover dicha causa cuando la liquidación haya finalizado y haya sido formalizado el balance final de liquidación y se haya procedido a repartir el haber social entre los socios. Respecto al modo de plantearla, aunque el precepto menciona primero el ofrecimiento de la remoción de la causa y posteriormente la solicitud de rehabilitación de la autorización administrativa, pensamos que el procedimiento de remoción debe iniciarse precisamente con dicha solicitud de rehabilitación para, en su fase de instrucción, justificar que la causa de disolución ha sido removida y que se cumplen los requisitos establecidos por la Ley para poder rehabilitar la autorización revocada. Lo cual no solo no impedirá, sino que además sería lo conveniente, que la entidad hiciera en sede administrativa las consultas y planteamientos necesarios para garantizar las posibilidades de éxito de la operación.

Los requisitos exigidos por la Ley para poder rehabilitar la autorización vienen establecidos en el inciso segundo del precepto referido, a cuyos efectos éste dispone que dicha rehabilitación sólo podrá concederse cuando la entidad cumpla “*todos los requisitos exigidos durante el funcionamiento normal y garantice la totalidad de los derechos de asegurados y acreedores, incluso los de aquéllos cuyos contratos de seguro hubieran sido declarados vencidos durante el período de liquidación*”. El cumplimiento de los requisitos exigidos durante el “funcionamiento normal”, debe entenderse referido al funcionamiento de la entidad anterior a la revocación y disolución, o sea no en estado de liquidación, y estimamos que puede implicar la comprobación de si se cumplen las condiciones necesarias para conceder la autorización, que también lo son para mantenerla, y especialmente las de capital social mínimo, requisitos de los socios y administradores, programa de actividades, etc., así como a los propios para el ejercicio de la actividad tales como los derivados del cálculo y cobertura de las provisiones técnicas y del margen de solvencia. Además, la entidad deberá garantizar la totalidad de los derechos de asegurados y acreedores, lo cual conlleva poseer suficientes recursos económicos para hacer frente a las deudas todavía existentes. La necesidad de “garantizar la totalidad de los derechos de los asegurados” alcanza también a “aquellos cuyos contratos de seguro hubieran sido declarados vencidos”, garantía que se conseguirá ofreciendo a los mismos la posibilidad de reactivar los contratos vencidos. De todas formas la remoción de la causa de disolución no será, en general, tema fácil de conseguir, pues dependiendo de cual haya sido la naturaleza de la misma y su situación económica y operativa previas así resultará de condicionada la evolución posterior de la liquidación, pudiéndose plantear un gran número de situaciones fácticas cuyo grado de probabilidad de éxito en la emoción será, también, muy variable.

El procedimiento de rehabilitación de la autorización deberá finalizar con la correspondiente resolución del Ministro de Economía, y si la misma fuera estimatoria, dispone el tercer inciso del artº 27.4 que “*se entenderá removida de pleno derecho la causa de disolución, se cancelará la inscripción practicada en el Registro Mercantil con arreglo al artículo 263 de la Ley de Sociedades Anónimas y se dará al acuerdo de rehabilitación la misma publicidad que dicho precepto impone para el acuerdo de disolución*”, con lo cual el acuerdo deberá inscribirse en el Registro Mercantil y publicarse en el Boletín Oficial de dicho Registro y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social. También, de acuerdo con lo previsto por el artº 122 del Reglamento, deberá ser inscrita en el Registro Administrativo de Entidades Aseguradoras, al igual que lo fueron en su momento la autorización para operar y la revocación de la misma y la disolución de la entidad.

La resolución positiva respecto a la rehabilitación de la autorización revocada tendrá como efecto la remoción “de pleno derecho” de la causa de disolución y, en consecuencia, la recuperación por parte de la entidad de su normalidad operativa. Sin que la inscripción en el Registro Mercantil tenga carácter constitutivo, y produciéndose tales efectos, en principio, desde la fecha en que se dicte la resolución ministerial ya que, por tratarse de un acto favorable para la entidad interesada, será aplicable lo establecido en el artº 57.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, según el cual los actos administrativos “se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que

se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”, sin quedar preterida la eficacia del acto hasta la notificación del mismo.⁶⁸¹

3.7. Finalización de las operaciones de liquidación, extinción de la entidad y cancelación de las inscripciones registrales

3.7.1. Finalización de las operaciones de liquidación

Una vez terminadas las operaciones de liquidación propiamente dichas mediante la venta de los activos sociales, el cobro de los créditos, el pago de las deudas y, en su caso, la consignación de los créditos pendientes y el aseguramiento de los no vencidos, surgirá, si lo hubiere, el remanente social que deberá distribuirse entre los socios. A tales efectos, de acuerdo con lo que disponen los artículos 274 a 278 de la Ley de Sociedades Anónimas (cuyo régimen es supletorio, según veremos), los liquidadores deberán proceder a la elaboración del *balance final* (que se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación del lugar del domicilio social); a su presentación a aprobación de la *junta general de accionistas*; al *reparto del haber social*, una vez transcurrido el plazo de impugnación de dicho balance. El trámite siguiente, según la referida Ley (artº 278), sería la solicitud de *cancelación de los asientos del Registro Mercantil* pero, como veremos, en el caso de entidades aseguradoras antes de dicha cancelación deben realizarse otras actuaciones.

En esta fase final de la liquidación el Reglamento de Ordenación, en su artº 87.3 establece una norma especial para la consignación de los créditos no hechos efectivos por los acreedores. Así dispone que “*si al final de la liquidación quedasen deudas de la entidad reconocidas por la misma no cobradas por sus acreedores, los liquidadores procederán a la consignación en depósito en la forma prevista en el artículo 276.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*”, el cual prevé, para las cuotas de reparto del haber social no reclamadas por los socios, que su consignación deberá hacerse “*en depósito en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos, a disposición de sus legítimos dueños*”. El Reglamento ha reforzado en este caso la seguridad de la garantía de consignación en depósito al exigirla de esta forma para los créditos pendientes de cobro, mientras que la Ley de Sociedades Anónimas solo establece la obligación de consignarlos, sin mencionar en donde hay que efectuar la consignación (artº 277.2.1º) y el Reglamento del Registro Mercantil exige que se declare la “entidad” en la que se ha efectuado la consignación pero tampoco establece la naturaleza de la misma.

También requiere el Reglamento de Ordenación en su artº 89.1 que una vez concluidas las operaciones de liquidación, y a efectos de que, en su caso, el Ministro de Economía declare extinguida la entidad, según comentaremos a continuación, los liquidadores deberán remitir a la Dirección General de Seguros “*copia autorizada de la escritura pública prevista en el artículo 247.2 del Reglamento del Registro Mercantil*”. Esta escritura pública es la requerida por dicho Reglamento para poder proceder a la

⁶⁸¹ GONZALEZ PÉREZ, Jesús y GONZALEZ NAVARRO, Francisco. “*Comentarios a la Ley de...*”. Op. cit. Tomo I, p. 1077.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás – Ramón. “*Curso de...*”. Op. cit. pp. 573 y 575.

cancelación de los asientos registrales mercantiles y debe contener en síntesis, además del *balance final* de liquidación, las siguientes manifestaciones de los liquidadores: 1º) aprobación del balance por la junta general de socios; 2º) acreditación de haber cumplido las normas de publicidad exigidas a dicho balance; 3º) transcurso del plazo para impugnarlo o firmeza de las sentencias correspondientes; 4º) satisfacción y, en su caso, consignación o aseguramiento de los créditos y entidad en que se hayan realizado estas últimas; 5º) realización del reparto del haber social y consignación de las cuotas pendientes de cobro; y 6º) en su caso, datos registrales, si los tuvieran, de los bienes en que se haya realizado el pago de la cuota de liquidación y el valor de cada uno de ellos.

3.7.2. Supuesto general: cancelación de asientos y extinción de la entidad

Una vez finalizada la liquidación la Ley prevé dos supuestos de cancelación de asientos del Registro administrativo: uno con extinción de la entidad y cancelación de los asientos en el Registro Mercantil, y otro sin extinción de la entidad, cuando se haya modificado previamente el objeto social. A continuación nos ocupamos del primero de los supuestos.

Así, dispone el artº 27.5 (inciso primero del párrafo primero) de la Ley que “*una vez concluidas las operaciones de liquidación, el Ministro de Economía (...) declarará extinguida la entidad y se procederá a cancelar los asientos en el Registro administrativo*”, estableciéndose en el párrafo segundo de dicho precepto que “*la cancelación en el Registro administrativo determinará, en los supuestos de declaración de extinción de la entidad, la cancelación a su vez en el Registro Mercantil*”.

Una vez remitida a la Administración la escritura pública anteriormente comentada establece la Ley que el Ministro de Economía “*declarará extinguida la entidad*”, cancelándose los asientos de inscripción del Registro especial administrativo y posteriormente en el Registro Mercantil. La declaración de extinción por parte de la Administración ha ido criticada por un sector de la doctrina⁶⁸², alineada con la tesis de que incluso el asiento de cancelación del Registro Mercantil tienen mero carácter declarativo ya que en ese momento la sociedad se encuentra “*extinguida*”, siguiendo el tenor literal del artº 278 de la Ley de Sociedades Anónimas. Según esta posición interpretativa “*no me parece jurídicamente correcto hablar de la declaración de extinción que haya de efectuar el Ministro, al menos en un sentido constitutivo –si lo es en el mero carácter declarativo, y exigiéndose la presentación de la escritura debidamente inscrita*⁶⁸³ carece de sentido por ser una reiteración de otra *declaración de extinción*, la que se vincula al hecho de la inscripción registral-, especialmente porque la desaparición de la personalidad jurídica que comporta la extinción, y que, como indica el artº 264, ha mantenido la Entidad a lo largo de todo el proceso liquidatorio, no puede vincularse a una decisión administrativa”.

Pero, si partimos de la posición de que la auténtica extinción de la sociedad se lleva a cabo con la pérdida de la personalidad jurídica que es consecuencia de la cancelación del asiento de inscripción del Registro Mercantil que le otorgó dicha personalidad⁶⁸⁴ y que, al igual que en la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951

⁶⁸² BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “*Ley del ...*”. Op. cit. pp. 200 y 201.

⁶⁸³ Como efectivamente la exige el Reglamento de Ordenación en su artº 89.1.

⁶⁸⁴ URÍA, Rodrigo. “*Derecho Mercantil*”. Op. cit. p. 349.

(artº 168), la referencia a la sociedad “extinguida” del artº 278 (y en el 245.1 al regular la inscripción de la fusión) debería entenderse como sociedad “extinguible” ya que, en garantía de los derechos de terceros que precisamente protege la inscripción en el Registro Mercantil, solo la cancelación de esta última pone fin a la personalidad jurídica que dicha inscripción creó, puede efectuarse una interpretación armónica de los preceptos legales.

Así, si a la afirmación de la Ley de Ordenación de que el Ministro declarará “extinguida” la entidad le damos, desde el punto de vista de la pérdida de la personalidad jurídica, un sentido de “extinguible” similar al que tendría en la Ley de Sociedades Anónimas, nada impide que, en cambio, la indicada referencia de la Ley de Ordenación a que el Ministro “declarará extinguida” la entidad se conecte con esta en tanto que entidad aseguradora y en cuanto que tal entidad aseguradora quedará “extinguida” al dictarse la resolución administrativa, con la consiguiente cancelación de los asientos de inscripción en el Registro administrativo, cancelación que según la Ley determinará “a su vez” la de los asientos del Registro Mercantil, que hay que entender como “posteriormente” toda vez que esta última se efectuará a la vista de la Orden Ministerial correspondiente.

Si consideramos que el *iter* vital de la entidad aseguradora comienza con la adquisición de la personalidad jurídica mediante su inscripción en el Registro Mercantil⁶⁸⁵, (salvo el caso de las cooperativas que la adquieren por la inscripción en el Registro administrativo de Sociedades Cooperativas⁶⁸⁶ y a las que serían aplicables las mismas consideraciones que ahora se exponen), pero que su plena capacidad jurídica no la adquirirán hasta que hayan obtenido la autorización administrativa previa, que les completa dicha capacidad precisamente para poder desarrollarla en la práctica de su objeto social, y que es en este momento cuando puede hablarse de que “existe” una entidad “aseguradora”, nada impide que la desaparición de la entidad del mundo jurídico, el específico y el general, se haga en sentido inverso al de su creación interpretando que los efectos de la declaración de “extinción” que debe realizar el Ministro por mandato legal se circunscriben al ámbito fundamental de eficacia de la autorización original pero con un contenido contrario al de ésta, o sea privando definitivamente a la entidad de esa parte de su capacidad específica que le daba existencia como entidad aseguradora, procediéndose posteriormente, como dispone la Ley, a la cancelación de los asientos del Registro Mercantil momento en que se producirá la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad, interpretación ésta acorde, además, con lo establecido por el artº 326.1.5º del citado Reglamento que al establecer las medidas administrativas inscribibles relacionadas con las entidades financieras dispone que, entre otras, lo será “la declaración de extinción de la entidad” y que “en este último caso, el Registrador procederá a extender diligencia de cierre en la hoja de la entidad extinguida”.

En el caso de las cooperativas de seguros el orden de las inscripciones registrales plantea alguna especialidad. En general las cooperativas, salvo las de crédito y las de seguros, no requieren inscripción en el Registro Mercantil y ésta cuando es necesaria

⁶⁸⁵ Artº 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas para las entidades aseguradoras de esta forma social, y artº 7.3, inciso segundo, de la Ley de Ordenación de los Seguros Privados para las sociedades mutuas y mutualidades de previsión social, aunque este precepto también lo indica para las sociedades anónimas.

⁶⁸⁶ Artº 7 de la vigente Ley de Cooperativas de 16 de julio de 1999.

produce solo efectos declarativos. En la cooperativas de crédito las inscripciones pertinentes vienen dadas por el siguiente orden: obtención de la autorización previa del Ministerio de Economía, inscripción en el Registro del Banco de España, inscripción en el Registro Mercantil e inscripción en el Registro de Cooperativas⁶⁸⁷, orden procedimental que corrobora el artº 256.1 del Reglamento del Registro Mercantil de 1996 el cual, además, dispone en su nº 2 que la ulterior inscripción en el Registro de Cooperativas se hará constar en el Mercantil mediante nota marginal añadiendo que “esta regla será aplicable, así mismo a las cooperativas de seguros”.

Como el indicado Reglamento no contiene ninguna mención específica para las cooperativas de seguros podría deducirse a primera vista que resulta aplicable por analogía lo establecido para las de crédito, interpretación que tomada en toda su amplitud contradice lo requerido por la Ley de Ordenación la cual dispone en su artº 7.3, inciso primero, que “*las entidades aseguradoras se constituirán mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil*”, y en su nº 4 que “*la solicitud de autorización administrativa (...) únicamente podrá presentarse tras la adquisición de la personalidad jurídica*”, preceptos aplicables a todas las formas sociales admitidas ya que la Ley no distingue, y por otra parte los arts. 99.4.b) y 10.5.b) de dicha Ley, en absoluta coherencia con el artº 7.4 disponen que “*la inscripción en el Registro de Cooperativas deberá tener lugar con carácter previo a la solicitud de autorización administrativa*”.

Queda claro que en primer lugar debe obtenerse la inscripción en el Registro de Cooperativas y después solicitar la autorización previa administrativa para operar en seguros, que si es otorgada producirá, con efectos meramente declarativos, la inscripción en el Registro de Entidades Aseguradoras. pero queda por resolver en qué momento del proceso debe materializarse la inscripción en el Registro Mercantil y aquí sí que consideramos aplicable por analogía con las cooperativas de crédito la inscripción en dicho Registro con carácter previo al General de Cooperativas. Con ello el *iter* inicial de las inscripciones, para poner en total funcionamiento operativo la cooperativa de seguros, sería: -inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil; -inscripción en el Registro General de Cooperativas y adquisición de la personalidad jurídica; y, por último, autorización administrativa para operar en seguros y subsiguiente inscripción en el Registro de Entidades Aseguradoras. Cuando se proceda a la extinción de la cooperativa de seguros, también pensamos que en este caso el Ministerio de Economía debe dar traslado simultáneo al Registro Mercantil y, aunque el artº 27.5 de la Ley no lo diga, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para proceder a cancelar las inscripciones en los dos Registros.

Creemos que esta interpretación armoniza el significado de las normativas en juego y da una respuesta equilibrada a la cuestión planteada.

3.7.3. Supuesto especial: cancelación de asientos sin extinción de la entidad

Como señalábamos anteriormente, además de la liquidación con extinción de la entidad, la Ley de Ordenación contempla una excepción en la que, tras la liquidación, se puede producir la cancelación de la inscripción en el Registro de Entidades

⁶⁸⁷ Artº 5.2 de la Ley de Cooperativas de Crédito de 26 de mayo de 1989 (BOE de 31 de mayo) y artº 6 de su Reglamento de 22 de enero de 1993 (BOE de 19 de febrero).

Aseguradoras, sin declarar la extinción de la entidad, cuando la entidad previamente ha procedido a cambiar su objeto social abandonando el específico de seguros. Tal supuesto viene recogido en el artº 27.5.(párr. 1º, segundo inciso) de la Ley cuando dispone que *“por excepción, procederá la cancelación de los asientos en dicho Registro sin declaración de extinción de la entidad, en cuyo momento podrá iniciar la actividad con arreglo al objeto social modificado, cuando tenga lugar la cesión general de la cartera o la revocación de la autorización siempre que, en ambos casos, se haya procedido a modificar el objeto social de la entidad sin disolución de la misma y previamente la Dirección General de Seguros compruebe que se ha ejecutado la cesión de cartera o se han liquidado las operaciones de seguro, respectivamente”*.

Recordemos que la Ley en su artº 25.1 dispone que será causa de revocación de la autorización *“si la entidad renuncia a ella expresamente”*, y que el artº26.1, 1º y 2º, establece que no existirá causa de disolución cuando *“la propia entidad renuncie a la autorización administrativa”* o hayan realizado *“cesión general de la cartera de contratos de seguro”*, y ambas situaciones vengán acompañadas *“por la modificación de su objeto social para desarrollar una actividad distinta”* a la aseguradora. Se trata, en consecuencia, de supuestos en que las entidades no están disueltas, pues pretenden cambiar su objeto social que, al ser incompatible con cualquier otro tipo de operaciones distintas de las señaladas por el artº 3 de la Ley, obliga a eliminar todas las operaciones de seguro vigentes (vía cesión o vía liquidación) con carácter previo al comienzo de la actividad en el nuevo objeto social.

Pero si nos detenemos en la redacción del artº 27.2 antes transcrito, éste se refiere a que no habrá disolución ni extinción de la entidad *“cuando tenga lugar la cesión general de la cartera o la revocación de la autorización”*, con la condición en ambos casos de que *“se haya procedido a modificar el objeto social de la entidad”*. Mientras que el supuesto de cesión general de cartera armoniza con el regulado por el artº 26.1.2º, no ocurre lo mismo con el supuesto de “revocación”, pues éste se cita sin matices ni límites y da la impresión de que la Ley ha querido incluir en la posibilidad de no incurrir en disolución ni cancelación de los asientos registrales administrativos a todos los casos de revocación, siempre que se haya procedido al cambio de objeto social. Falta de congruencia entre los preceptos citados que ha sido puesta de manifiesto por la doctrina⁶⁸⁸.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que el artº 27.5 reconoce la excepción mencionada *“cuando tenga lugar (...) la revocación de la autorización”* pero pone como condición que se haya procedido a modificar el objeto social de la entidad *“sin disolución de la misma”* y, si analizamos las causas de disolución de la Ley, esta posibilidad solo está reconocida expresamente en la excepción contemplada por el citado artº 26.1.1º, la de renuncia a la autorización, ya que en el resto de las causas de revocación esta conducirá inexorablemente a la disolución de la entidad. Por consiguiente estimamos que el texto del artº 27.5 que comentamos, a pesar de su falta de concreción, no permite extender los supuestos de revocación sin disolución.

⁶⁸⁸ NUÑEZ LOZANO. María del Carmen. *“Ordenación y supervisión ...Op. cit. pp. 271 (nota 33) y 294 (nota 109).*

En consecuencia, solo en los dos supuestos citados cabe la cancelación registral administrativa sin declaración de extinción, previa modificación del objeto social. El cambio de objeto social, adoptando y formalizando los acuerdos pertinentes, deberá ponerse de manifiesto por la entidad ante la Administración al iniciar el procedimiento de revocación (en el caso de la renuncia total a la autorización) o el procedimiento de disolución (en el caso de la cesión total de la cartera), ya que de lo contrario, en el primer supuesto la causa de revocación llevará a la disolución y en el segundo la propia causa de disolución, como todas, es, a su vez, causa de revocación, y la sociedad quedaría disuelta en ambos casos e inhabilitada para poderle ser aplicada ninguna de las dos excepciones. Y tampoco cabe pensar en aplicar la posibilidad de remoción de la causa de disolución pues esta está orientada a solicitar “la rehabilitación de la autorización administrativa”, según establece el artº 27.4, y en las excepciones que estamos comentando no sería esa la finalidad buscada, sino precisamente la contraria de abandonar la actividad aseguradora para dedicarse a otra distinta, lo cual solo puede llevarse a efecto previa revocación de la autorización para operar.

Respecto a la toma de efectos de la nueva situación, debe indicarse que el comienzo de las actividades con arreglo al nuevo objeto social se iniciará una vez cancelados los asientos en el Registro de Entidades Aseguradoras, cancelación que, estimamos, debe hacerse también extensible a los asientos del Registro administrativo de Altos Cargos, pero antes la Dirección General de Seguros deberá comprobar si se ha ejecutado completamente la cesión de cartera, cuando sea ésta la causade la excepción, o si se han liquidado totalmente las operaciones de seguro, cuando se trate de renuncia a la autorización, como demuestra el término “*respectivamente*” que utiliza la Ley.

Por último, conviene señalar que el Reglamento de Ordenación, en su artº 89.2 establece que “*en los casos*” en que, con arreglo al artº 27.5 de la Ley, proceda cancelar los asientos en el Registro Administrativo sin declaración de extinción de la entidad, “*los administradores deberán remitir a la Dirección General de Seguros, junto con la solicitud, la siguiente documentación: a) Memoria explicativa del proceso de liquidación de las operaciones de seguro. b) Balance de la entidad una vez finalizada la liquidación de las operaciones de seguro*”.

Como se ve, el Reglamento se refiere a documentos, el balance y la memoria explicativa, relativos a la “liquidación de las operaciones de seguro”, en términos prácticamente idénticos a los de la Ley cuando ésta establece la condición de que la “*Dirección General de Seguros compruebe que (...) se han liquidado las operaciones de seguro*” las cuales, según se indicó, se refieren al supuesto de revocación por renuncia de la entidad. Cabe considerar que tales documentos, a pesar del plural utilizado por el Reglamento, al decir “en los casos” para referirse a los del artº 27.5 en los que se cancelan los asientos registrales sin extinción, solo afectan al supuesto de revocación por renuncia que es cuando se producirá realmente la “liquidación” de operaciones ya que cuando se trate de cesión de cartera ésta habrá sido tramitada teniendo en cuenta el procedimiento establecido al efecto por el artº 22 de la Ley y el artº 70 del Reglamento en el cual se habrán aportado los documentos justificativos de la operación, procedimiento que, por cierto, se inicia remitiendo, entre otros documentos, “certificación de los acuerdos adoptados por los órganos sociales aprobando (...), en su caso, la disolución de la cedente (...) o la modificación de su objeto social”.

3.8. Deber de colaboración de los antiguos administradores y gestores

El deber de colaboración de los antiguos administradores en las operaciones de liquidación viene establecido con carácter general por el artº 267.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, precepto de aplicación supletoria según veremos, el cual dispone que *“los antiguos administradores, si fuesen requeridos, deberán prestar su concurso para la práctica de las operaciones de liquidación”*.

La Ley de Ordenación, en su artº 40.4.j) considera infracción grave *“el incumplimiento injustificado por quienes desempeñaron cargos de administración o dirección en los cinco años anteriores a la fecha de disolución, de su obligación de colaborar con los liquidadores en los actos de liquidación que se relacionen con operaciones del período en que aquéllos ostentaron tales cargos”*.

Por su parte el Reglamento de Ordenación, en su artº 88 desarrolla el deber de colaboración de los antiguos administradores y gestores, a cuyos efectos prevé que *“quienes, bajo cualquier título, hubiesen llevado la dirección efectiva de la entidad al tiempo de su disolución y los que lo hubieran hecho en los cinco años anteriores a la fecha de la misma, vendrán obligados a colaborar con los liquidadores en los actos de liquidación que se relacionen con operaciones del período en que aquellos ostentaron tales cargos, y a informar a la Dirección General de Seguros, a su requerimiento, sobre los hechos ocurridos durante el ejercicio de sus funciones. Igual obligación incumbirá a quienes hubiesen desempeñado cargos como liquidadores de la entidad”*.

Como hemos visto, mientras que la Ley de sociedades Anónimas solo impone la obligación de colaborar a los *“administradores”*, la Ley de Ordenación y su Reglamento amplían el ámbito subjetivo de los obligados ya que ambas normas se refieren, respectivamente, a *“cargos de administración o dirección”* y a *“quienes, bajo cualquier título, hubiesen llevado la dirección efectiva”*, terminología esta última empleada por la propia Ley que, en su artº 15.1, segundo párrafo, en relación con el 40.1.a), establece que se entenderá que llevan la dirección efectiva los *cargos de administración* y los *de dirección* y que, a tales efectos, se considerarán *“cargos de administración* los administradores o miembros de los órganos colegiados de administración, y *cargos de dirección* sus directores generales o asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados del mismo”.

En consecuencia están obligados a colaborar no solo los Administradores propiamente dichos y los Directores Generales, sino también todos los cargos con funciones de alta dirección siempre que tales funciones sean realizadas dependiendo directamente de los órganos de administración (entendiendo como tales: consejo, comisiones ejecutivas, y consejeros delegados, o equivalentes). La Ley de Ordenación de 1984 y su Reglamento de 1985 imponían la obligación no solo a los administradores, sino también a los *“Directores, Gerentes o Delegados”*, base subjetiva mucho más extensa que ha sido reducida por la normativa vigente, aunque en ésta sea, como se indicó, más amplia que en la Ley de Sociedades Anónimas.

Así pues, la obligación afecta a quienes estén en la situación descrita en la fecha de la disolución o lo hubieran estado en los cinco años anteriores a dicha fecha, tal obligación estará circunscrita a los actos de liquidación relacionados con operaciones efectuadas durante su mandato y deberá ser cumplida a requerimiento de los liquidadores, ya que en el planteamiento legal de la obligación subyace el cese en sus funciones de los obligados a prestar colaboración pues de otra manera, si permanecen en sus funciones y cometidos dependen de los liquidadores en tanto que legítimos representantes de la entidad, aunque éstos lo sean para el cumplimiento de sus funciones en la liquidación. También, todos ellos, están obligados a informar a la Dirección General de Seguros sobre los hechos ocurridos durante el ejercicio de sus funciones, siempre que sean requeridos para ello por dicho órgano.

Finalmente hay que indicar que las mismas obligaciones de colaboración con los liquidadores y de información a la Dirección General de Seguros a quienes hayan desempeñado cargos de liquidadores de la entidad, supuesto establecido en previsión de que por decisión de la propia entidad o de la Administración se haya producido cese de liquidadores en algún momento de la liquidación

3.9. Régimen supletorio de la Ley de Sociedades Anónimas

Al igual que lo establecido para las causas de disolución, pero con algún matiz, la Ley de Ordenación establece la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Anónimas en el caso de la liquidación de entidades aseguradoras. A tal efecto, dispone en su artº 27.6 que *“en todo lo no regulado expresamente en este artículo, la liquidación y extinción de entidades aseguradoras se regirá por lo dispuesto en los artículos 266 a 281 de la Ley de Sociedades Anónimas, con exclusión de los artículos 269 y 270”*.

En primer lugar conviene resaltar que las citadas normas supletorias lo son para todas las entidades aseguradoras, cualquiera que sea la forma que adopten, incluidas las sociedades cooperativas de seguros ya que, al contrario de lo que sucede con las normas sobre disolución del artº 26.5, la Ley de Ordenación no establece expresamente en este caso excepción alguna, por lo que en esta materia la Ley de Cooperativas tendrá carácter supletorio de la de Sociedades Anónimas, al ser de aplicación la regla general prevista por los arts. 9.4.c) y 10.5.c) los cuales al regular el orden de fuentes jurídicas aplicables a dichas sociedades disponen que *“en lo demás, se regirán por las disposiciones de la presente Ley y por los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas a los que la misma se remite, así como por las disposiciones reglamentarias que la desarrollen y, supletoriamente, por la legislación de cooperativas”*.

Los citados arts. 269 y 270 que se declaran no aplicables regulan, respectivamente, la posibilidad de que el Juez nombre interventor que fiscalice las operaciones de liquidación (a petición de accionistas que representen la vigésima parte del capital social) y la de que se produzca la intervención pública en la liquidación mediante el nombramiento por el Gobierno de una persona que se encargue de intervenir y presidir la liquidación y de velar por el cumplimiento de las leyes y del Estatuto social. Tiene todo el sentido tal exclusión ya que la Ley de Ordenación, como veremos más adelante, establece un procedimiento propio de intervención administrativa de la liquidación.

El resto de los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas que resultan de aplicación establecen, en síntesis, lo siguiente:

1º. Apertura del periodo de liquidación, una vez disuelta la sociedad, salvo en los casos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión total del activo y el pasivo (artº 266).

2º. Cese de los administradores en sus funciones, asunción de las suyas por parte de los liquidadores, y deber de colaboración de los antiguos administradores (artº 267).

3º. Normas para el nombramiento de liquidadores y número de éstos (artº 268).

4º. Normas para la convocatoria y celebración de las juntas generales, para ser informadas sobre la marcha de la liquidación (Artº 271).

5º. Funciones de los liquidadores (artº 272):

- Suscribir con los administradores el inventario y balance inicial.
- Llevanza y custodia de los libros y correspondencia de la sociedad, y velar por la integridad de su patrimonio.

- Realizar las operaciones comerciales pendientes y las nuevas necesarias para la liquidación de la sociedad.

- Enajenación de los bienes sociales; los inmuebles lo serán en pública subasta.

- Cobrar los créditos y dividendos pasivos pendientes.

- Transigir y acordar arbitrajes si ello conviene a los intereses sociales.

- Pagar las deudas.

- Representar a la sociedad para el cumplimiento de sus fines.

5º. Deberes de los liquidadores, para con los socios y acreedores, sobre información y publicidad del estado de la liquidación (artº 273).

6º. Elaboración del balance final y determinación de la cuota del activo social a repartir entre los socios (artº 274).

7º. Convocatoria de la junta general para aprobar el balance y posibilidad de su impugnación por los socios (Artº 275).

8º. Reparto del haber social y consignación de las cuotas no reclamadas en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos a disposición de sus legítimos dueños (artº 276).

9º. Normas para realizar la división del haber social (artº 277).

10º. Solicitud de cancelación de los asientos en el Registro Mercantil (artº 278)

11º. Responsabilidad de los liquidadores por los perjuicios causados con fraude o negligencia grave en el ejercicio de su cargo (artº 279)

12º. Causas de cese de los liquidadores (artº 280).

13º. Obligación de los liquidadores de, en caso de insolvencia de la sociedad, solicitar la declaración de suspensión de pagos o de quiebra (281).

3.10. Acciones frente a entidades aseguradoras sometidas a procesos concursales o en liquidación

La Ley de Ordenación establece en su artº 28 algunas reglas especiales que serán de aplicación cuando las entidades aseguradoras se encuentren incurso en procesos concursales de suspensión de pagos o quiebra, respecto a quien desempeña el cargo de Interventor en la primera y los de Comisario, Depositario y Síndico en la segunda; cuando hayan sido disueltas administrativamente, respecto a inscripción de embargos y

derechos reales de garantía; y cuando la liquidación sea intervenida por la Administración, respecto a la ejecución de los créditos reconocidos en sentencia firme.

3.10.1. Suspensión de pagos y quiebra

En estos casos el artº 13 bis. 2 y 3⁶⁸⁹ del Estatuto legal del consorcio de Compensación de Seguros dispone que este organismo, en las suspensiones de pagos, asumirá la condición y funciones de interventor único y, además, la de administrador único sustituto, si el Juez acuerda tomar la medida de seguridad de suspensión y sustitución de los órganos de administración de la entidad suspensa, y en los procesos de quiebra, sea voluntaria o necesaria, asumirá la condición y funciones del Depositario, Comisario y único Síndico.

Pues bien, el artº 28.1 de la Ley establece que además de las funciones indicadas el Consorcio, en caso de suspensión de pagos o quiebra de una entidad aseguradora, “*procederá, en su caso, a liquidar el importe de los bienes a que se refiere el artículo 59 de la Ley al solo efecto de distribuirlo entre los asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados; ello sin perjuicio del derecho de los mismos en el procedimiento de quiebra o suspensión de pagos*”. Los bienes a los que se refiere el precepto están afectos como garantía de cumplimiento del crédito singularmente privilegiado que reconoce el artº 59 de la Ley según el cual son aquellos respecto de los cuales se haya adoptado la medida de control especial de prohibición de disponer (artº 39.2 a, de la Ley); dichos bienes aunque tal medida no haya sido objeto de anotación registral, quedarán afectos a satisfacer los derechos de los asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados, con exclusión de cualquier otro crédito distinto a los garantizados con derecho real inscrito o anotación de embargo practicada con anterioridad a la fecha en la que se haga constar la medida en los Registros correspondientes. También se establece que la anterior preferencia será también aplicable a los créditos de quienes hayan celebrado con las entidades aseguradoras contratos nulos de pleno derecho de acuerdo con los arts. 5.2 y del 39.7, párrafo segundo, de la Ley.

3.10.2 Imposibilidad de inscribir derechos reales de garantía o anotaciones de embargo desde la fecha de disolución administrativa.

Para los supuestos en que se haya adoptado la disolución administrativa de una entidad, el artº 28.2 de la Ley dispone que desde la fecha de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Orden Ministerial de disolución “*no podrán inscribirse en los Registros públicos derechos reales de garantía ni anotarse mandamientos judiciales o providencias administrativas de embargo (...), sin perjuicio de la efectividad de los créditos que, en su caso, se pretendieran garantizar con las citadas inscripciones o anotaciones*”. Además, para garantizar la efectividad material de la medida, el propio precepto establece que “*los encargados de los Registros harán constar por nota marginal el hecho de la disolución y el cierre del folio registral a los actos a que se*

⁶⁸⁹ Dicho artículo transcribe literalmente el artº 31 de la Ley de Ordenación derogado por la la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que modificó el Estatuto Legal del Consorcio.

refiere el párrafo anterior. Si se acordara la rehabilitación de la autorización administrativa revocada, se cancelará la referida nota marginal”.

3.10.3. Suspensión de la ejecución de sentencias firmes que reconozcan créditos, en el supuesto de liquidación intervenida por el Ministerio de Economía

En el caso de que la liquidación sea intervenida por la Administración, la Ley prevé el supuesto de que, *antes del comienzo de la liquidación o durante la misma*, los acreedores hayan ejercitado acciones individuales y, en tal caso, dichas acciones, según el artº 28.3 de la Ley, *“podrán continuar hasta el pronunciamiento de sentencia firme, pero su ejecución quedará suspendida y el crédito que, en su caso, declare dicha sentencia a su favor se liquidará conjuntamente con los de los demás acreedores. No obstante, transcurrido un año desde que la sentencia adquiera firmeza, la suspensión quedará alzada automáticamente sin necesidad de declaración ni resolución al respecto, cualquiera que fuese el estado en que se encontrase la liquidación”.*

Se trata ésta de una medida de carácter excepcional que, como ha señalado la doctrina, perjudica las acciones individuales de los acreedores, sean o no asegurados, *“en cuanto que priva a las sentencias que hayan condenado a la Entidad a pagar una cierta cantidad, de su ejecutabilidad, en aras de una liquidación conjunta de todos los créditos existentes frente a la entidad (...) y que parece mermar la potestad jurisdiccional, que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, a los que corresponde no solo juzgar, sino hacer ejecutar lo juzgado (artº 2.1 Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985) (...) Este efecto excepcional -que ha de encontrar su fundamento en el deseo de efectuar una liquidación ordenada- tiene afortunadamente un alcance limitado, en cuanto que al año de que la sentencia hubiera adquirido firmeza se alzarán automáticamente la suspensión, sin necesidad de declaración ni resolución alguna al respecto cualquiera que fuere el estado en que se encontrare la liquidación”;* efecto suspensivo que debe entenderse solo referido a la ejecución individual de la sentencia, y que no significa *quita* o reducción del crédito sino solo una *espera*, lo cual conduce a que si, por ejemplo, la sentencia condena al pago de intereses éstos se producirán hasta que se realice efectivamente el pago⁶⁹⁰, o a que se puedan practicar los trámites de ejecución, *“como por ejemplo los tendentes a determinar la cantidad líquida de la condena”*⁶⁹¹.

4. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS

4.1. Naturaleza y normas generales

La intervención administrativa de entidades aseguradoras puede tener dos expresiones: una, la intervención en la liquidación de la entidad y, otra, la intervención de la entidad como medida de control especial complementaria tendente a garantizar el cumplimiento de las demás medidas de este tipo impuestas a la entidad. En ambas los Interventores del Estado, aunque no suplen a los representantes legales de la entidad,

⁶⁹⁰ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación, disolución y liquidación”, en *“Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado”*. Tomo II, pp. 41 y 43. CUNEF. Madrid 1988. Comentario referido al artº 32.1 y 2 de la Ley de Ordenación de 1984 pero que resulta válido en todos sus términos.

⁶⁹¹ BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “Ley del ...”. Op. cit. p. 204.

están legalmente dotados de un amplio abanico de funciones fiscalizadoras y de impulso de la liquidación que impiden, generalmente, la libre actuación de los órganos sociales y de los representantes legales y, sin cuya supervisión y visto bueno los actos que estos puedan realizar no serán válidos, conjunto de funciones que ha llevado a considerar que “la función más relevante del liquidador sigue siendo la de pedir permiso al interventor”⁶⁹². Por todo ello, la resolución administrativa de la Dirección General de Seguros acordando la intervención puede calificarse como acto decisorio, resolutorio, de gravamen, constitutivo, singular, de tracto sucesivo y que no causa estado⁶⁹³.

Su reconocimiento legal viene dado, para la intervención en la liquidación, por el artº 27.2.a) de la Ley cuando, como dijimos anteriormente al comentar las normas sobre liquidación de entidades aseguradoras, establece que una de las medidas que la Administración puede adoptar en tal caso es la de “*acordar la intervención de la liquidación*”, y que una vez adoptada dicha resolución “*estarán sujetas al control de la Intervención del Estado las actuaciones de los liquidadores en los términos definidos en este precepto, en el artículo 39.3,[intervención como medida de control especial complementaria] y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo*”. En cuanto a la intervención para garantizar el cumplimiento de medidas de control especial, es el artº 39.3 de la Ley el que dispone que como medida de control especial complementaria de otras de la misma naturaleza impuestas a la entidad “*la Dirección General de Seguros podrá acordar la intervención de la entidad aseguradora para garantizar el correcto cumplimiento de las mismas*”.

También el Reglamento de Ordenación se ocupa del tema en su artº 90. Así, en el nº1 de dicho precepto se establece que “*la Dirección General de Seguros podrá acordar*” los dos tipos de intervención antes comentados, describiéndolos de forma similar a la de Ley. Disponiendo, además, en sus ns. 2 y 3: primero, que las tareas de intervención serán desempeñadas por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Seguros del Estado, los cuales serán designados por el Director General de Seguros, y en ningún caso ostentarán la representación de la entidad; y, segundo, que los actos y acuerdos de cualquier órgano de la entidad aseguradora que se adopten a partir de la fecha de la notificación de la resolución que acuerde la intervención administrativa no serán válidos ni podrán llevarse a efecto sin la aprobación expresa de la intervención, si bien queda exceptuado de tal aprobación el ejercicio de acciones o recursos por la entidad intervenida contra los actos administrativos de ordenación y supervisión o en relación con la actuación de la intervención.

4.2. Intervención en la liquidación

Esta materia ha sido desarrollada por el artº 91 del Reglamento de Ordenación el cual regula, principalmente, las facultades de los interventores y el procedimiento y medios de que pueden valerse para materializar sus actuaciones.

4.2.1. Facultades de la intervención

En el ejercicio de sus funciones las facultades de la Intervención del Estado en la liquidación de entidades aseguradoras son amplias, pero también son tasadas, ya que los

⁶⁹² SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación, disolución y ...”. Op. cit. p. 38.

⁶⁹³ Siguiendo la clasificación de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás – Ramón. “Curso de...”. Op. cit. V. I. pp. 658 a 565.

interventores solo podrán ejercer aquellas que están reconocidas en el Reglamento y, en su caso, en el acuerdo que establezca la intervención de la entidad o en el que se designen interventores.

Tales facultades se encuentran relacionadas en el artº 91.1, 2 y 3 del Reglamento, las cuales, siguiendo a un sector de la doctrina, pueden ser clasificadas en funciones de fiscalización, funciones de promoción o impulso, funciones de propuesta a la Administración⁶⁹⁴ y otras funciones a determinar por la Dirección General de Seguros. Dichas funciones son las siguientes:

A. Funciones de fiscalización

1ª. Fiscalizar la administración y contabilidad de las entidades intervenidas.

2ª. Velar por la garantía de los intereses de los tomadores, asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados, así como por la conservación y el adecuado destino de los bienes sociales.

3ª. Controlar la labor de los liquidadores para que ésta se ajuste estrictamente a lo establecido en la Ley, en el presente Reglamento y demás disposiciones aplicables.

4ª. Intervenir los movimientos de fondos, elementos de activo o de pasivo y, en general, todas las operaciones sociales.

5ª. Fijar la periodicidad con la que los liquidadores deben remitir la relación detallada de los pagos a realizar, con el fin de agilizar el procedimiento de autorización de pagos.

6ª. Autorizar previamente todos los pagos y disposiciones de activos, salvo aquellos que hayan sido ya autorizados por la Dirección General de Seguros.

7ª. Autorizar a los depositarios de bienes de la entidad intervenida para que puedan disponer o permitir que se disponga de los mismos y de sus rendimientos.

Los depositarios están obligados a no realizar las actuaciones citadas, sin autorización de la intervención, desde el momento en que se les hubiese notificado la existencia de la intervención administrativa de la entidad.

B. Funciones de promoción o impulso

- Instar a los liquidadores el ejercicio de las acciones que procedan para la reintegración o reconstitución del patrimonio.

C. Funciones de propuesta a la Administración

1ª. Elevar informe acerca de la Memoria a que se refiere el artº 87.2.b) del Reglamento. A estos efectos, los interventores podrán solicitar de los liquidadores la información, aclaraciones y documentación que sean necesarias para evaluar la información incluida en dicha Memoria.

⁶⁹⁴ SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación, disolución y ...”. Op. cit. p. 39.

La Memoria indicada es la que trimestralmente deben confeccionar los liquidadores para informar sobre la marcha de la liquidación, las desviaciones observadas y las medidas correctoras a adoptar, Memoria que debe ser remitida a los Interventores o a la Dirección General de Seguros cuando la liquidación no fuese intervenida.

2ª. Proponer a la Dirección General de Seguros la sustitución de los liquidadores cuando incumplan las normas que para la protección de los tomadores, asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados se establecen en la Ley, en el presente Reglamento o las que rigen la liquidación, o bien la dificulten o la retrasen.

3ª. Proponer a la Dirección General de Seguros la remisión al Ministerio Fiscal de los antecedentes precisos cuando existan actuaciones que pudieran tener carácter delictivo, y poner de manifiesto a dicha Dirección General los hechos que pudiesen dar lugar a la imposición de sanciones administrativas.

4ª Proponer a la Dirección General de Seguros, cuando concurren los presupuestos previstos en la Ley y en este Reglamento, la adopción de las medidas de control especial que se estimen necesarias.

D. Funciones a determinar por la Administración

Se incluyen en este apartado todas aquellas facultades que sean atribuidas a la Intervención, expresamente, en la resolución por la que se disponga la intervención administrativa de la entidad o en la que se designen los interventores.

Este tipo de funciones, a la vista en cada caso de su carácter, contenido y finalidad será encuadrable en alguno de los tres grupos antes descritos, y su adopción está dotada de un amplio sentido discrecional justificable por la necesidad de adaptar las medidas interventoras a las peculiaridades de cada caso, pero respetando siempre el principio de “salvaguardar los intereses de los asegurados, beneficiarios y perjudicados o de otras entidades aseguradoras”, que justifica, según el artº 27.2.a) de la Ley, la adopción de la medida de intervenir la liquidación y evitando incurrir en la adopción de medidas cercanas a la arbitrariedad que impidan el cumplimiento de sus obligaciones propias por parte de los liquidadores o de los administradores, mientras no hayan sido nombrados aquellos.

4.2.2. Conservación del los derechos de los acreedores

El artº 91.4 del Reglamento declara la integridad de los derechos de los acreedores de la entidad a cuyos efectos establece que éstos “*mantendrán y podrán ejercitar todos sus derechos y acciones frente a la misma, sin perjuicio de las facultades que corresponden a la intervención*”.

4.2.3. Normas de actuación de la intervención

El artº 91.5 del reglamento determina las normas por las que han de regirse los actos que los interventores deban realizar en el uso de sus facultades. Tales actos de los interventores, al igual que se llevó a cabo con sus facultades, pueden ser clasificados en

actos de conocimiento, cautelares, de intervención de pagos⁶⁹⁵, de impulso y de documentación.

A. Actos de conocimiento

1º. Extender diligencia, en el domicilio social de la entidad, en la que hará constar su toma de posesión, las personas que asisten, las incidencias y posibles dificultades para la liquidación y para el desarrollo de sus funciones de intervención, y si concurre alguna causa por la que proceda que la liquidación sea asumida por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, con arreglo al artº 31 de la Ley.

2º. Requerir a los liquidadores o a los administradores para que faciliten, en el más breve plazo posible, toda la documentación necesaria para conocer los valores reales del activo y pasivo a fin de poder determinar la verdadera situación de la entidad y comprobar si ésta se encuentra en condiciones de cumplir sus obligaciones.

B. Actos cautelares

1º. Adoptar las medidas necesarias para el más efectivo control de las variaciones en el patrimonio de la entidad, efectuando anotaciones en los registros que procedan.

2º. Cursar, en relación con lo anterior, las oportunas notificaciones a los depositarios de bienes y valores propiedad de la misma y a las entidades de crédito en las que existan cuentas de la entidad intervenida, comunicándoles que no podrán efectuarse disposiciones sin su expresa autorización.

C. Actos de intervención de pagos

1º.- Ordenar a los liquidadores y a la organización administrativa y comercial de la entidad que se abstengan de realizar pagos sin su intervención, salvo que se adapten a las instrucciones que para ello dicte.

2º.- Ordenar a los liquidadores y a la organización administrativa y comercial de la entidad que los ingresos sean realizados única y exclusivamente en las entidades y cuentas señaladas por la propia intervención.

D. Actos de impulso

Instar a los liquidadores para que la liquidación concluya en el plazo más breve posible, particularmente en lo que se refiere al pago de siniestros, de extornos, de impuestos, de retribuciones del personal y al cumplimiento de sentencias judiciales.

E. Actos de documentación

1º. Acreditar sus actuaciones y comprobaciones en informes, diligencias, autorizaciones o denegaciones, de las que entregará copia al representante legal de la entidad.

⁶⁹⁵ SANCHEZ CALERO , Fernando. “Revocación, disolución y ...”. Op. cit. p. 40.

2°. Extender diligencias para documentar los requerimientos y las advertencias que, en su caso, formule a la entidad. Las manifestaciones que la entidad desee formular se harán constar en documento separado.

4.2.4. Cese de la intervención

El artº 91.6 del Reglamento establece las circunstancias bajo las cuales “cesará” la intervención. Tales supuestos son los siguientes:

- 1°. Desaparición de las causas que motivaron la intervención;
- 2°. Declaración judicial de quiebra o admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos;
- 3°. Cuando el Ministro de Economía acuerde que la liquidación sea asumida por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras;
- 4°. Conclusión de la liquidación.

4.2.5. Inscripción en e Registro Mercantil

Tanto los acuerdos de intervención como el cese de la misma deberán inscribirse en el Registro Mercantil, y publicarse en el Boletín Oficial del Estado, según dispone el artº 91.7 del Reglamento.

4.3. Intervención para garantizar el correcto cumplimiento de las medidas de control especial

4.3.1. Reconocimiento legal de la medida

La posibilidad de este tipo de intervención, sin situación de liquidación, está reconocida, según se indicó, por el párrafo primero del artº 39.3 de la Ley de Ordenación cuando dispone que como medida de control especial, complementaria de las demás, “*la Dirección General de Seguros podrá acordar la intervención de la entidad aseguradora para garantizar el correcto cumplimiento de las mismas*”.

A su vez el Reglamento en su artº 92.1 establece que una vez “*adoptadas medidas de control especial para una aseguradora, la Dirección General de Seguros podrá acordar la intervención para garantizar el cumplimiento de aquéllas*”.

Este acuerdo de intervención tiene, como se ve, el presupuesto obligado de que se hayan adoptado medidas de control especial para la entidad intervenida de manera que la resolución de intervención podrá ser simultánea o posterior a la adopción de las indicadas medidas.

4.3.2. Efectos del acuerdo de intervención

El párrafo segundo del citado artº 39.3 de la Ley establece los efectos que la declaración de intervención administrativa tiene en relación con la actuación de la entidad, y para ello prevé que “*los actos y acuerdos de cualquier órgano de la entidad aseguradora que se adopten a partir de la fecha de la notificación de la resolución que acuerde la intervención administrativa y que afecten o guarden relación con las*

medidas de control especial citadas anteriormente no serán válidos ni podrán llevarse a efecto sin la aprobación expresa de los interventores designados. Se exceptúa de esta aprobación el ejercicio de acciones o recursos por la entidad intervenida contra los actos administrativos de ordenación y supervisión o en relación con la actuación de los interventores”.

El efecto principal del acuerdo de intervención es que los actos que afecten o guarden relación con las medidas de control especial no serán válidos ni podrán llevarse a efecto sin la aprobación expresa de la intervención. No obstante debe ser tenidas en cuenta dos condiciones para que dicha eficacia pueda manifestarse: en primer lugar, que el ámbito objetivo de la intervención solo puede afectar a los actos de la entidad que guarden relación con las medidas de control especial impuestas a la misma; y, en segundo lugar, que tales actos serán los que puedan ser acordados por “cualquier órgano” de la entidad, referencia que, entendemos, debe ser interpretada en sentido amplio, comprendiendo no solo a los órganos propiamente dichos de la entidad sino también a aquellos cargos tengan capacidad de decisión suficiente para realizar actos que puedan estar relacionados con las medidas impuestas.

4.3.3. Facultades de los interventores

A. Facultades expresamente reconocidas por la Ley de Ordenación

El párrafo tercero del artº 39.3 de la Ley establece una facultad de los interventores que realmente conlleva una facultad principal de la cual se derivan otras dos encaminadas a garantizar la eficacia material de la primera de ellas una vez adoptada.

La referida facultad principal consiste en la posibilidad de que los interventores estarán “*facultados para revocar cuantos poderes o delegaciones hubieren sido conferidos por el órgano de administración de la entidad aseguradora o por sus apoderados con anterioridad a la fecha de publicación del acuerdo*”. Se trata de una medida a la que la Ley, en principio no obliga y que será adoptada o no por los interventores si la situación de la entidad así lo aconseja para un mejor cumplimiento de los fines de la intervención. Aunque la Ley no lo diga puede interpretarse que la revocación puede ser total o parcial, tanto en contenido como en sujetos u órganos afectados. Esta facultad de revocación tiene como finalidad poder concentrar en el órgano supremo de administración todas sus facultades originarias haciéndole intervenir en la gestión de los asuntos sociales directamente sin apoderados o delegados.

Como hemos dicho, el ejercicio de la facultad de revocación es potestativo, pero una vez aplicada por la Intervención la Ley obliga a los interventores a realizar dos actuaciones concretas tendentes a asegurar la efectividad de su decisión y por ello, a tales efectos, dispone el precepto indicado que una vez adoptada la medida “*se procederá por los interventores a exigir la devolución de los documentos en que constaren los apoderamientos, así como a promover la inscripción de su revocación en los Registros públicos correspondientes*”.

B. Funciones y normas de actuación de los interventores, reconocidas por el Reglamento de Ordenación

Además de las facultades de la intervención reconocidas por la Ley, el Reglamento, al igual que en el caso de intervención en la liquidación, desarrolla en su artº 92 las funciones de los interventores y las normas de actuación para el ejercicio de las mismas.

Así, respecto a la funciones de los interventores, en el primer párrafo del nº 1 de dicho precepto, cuando dispone que la Dirección General de Seguros podrá acordar la intervención que nos ocupa, establece que ello se hará “*determinando las funciones que ésta puede realizar de entre las siguientes*”, pasando seguidamente el Reglamento a enumerar las mismas. El tenor del texto significa que, mientras que en la intervención en la liquidación las funciones y facultades utilizables por los interventores serán todas las que les están reconocidas, en este tipo de intervención la Dirección General de Seguros deberá señalar si, de entre las legalmente posibles, pueden ser aplicadas todas o, en su defecto, cuales de ellas. Dicha posible limitación está justificada si se considera que la finalidad de la intervención es la de garantizar el cumplimiento de una o varias medidas de control especial aplicadas a la entidad y que, como veremos más adelante, la diversidad de dichas medidas hace que no siempre resulte aconsejable y beneficioso para el cumplimiento del fin pretendido y aplicables en cualquier caso la totalidad de las funciones de los Interventores previstas por el Reglamento.

Las funciones de la Intervención podrán ser las siguientes, de acuerdo con el precepto reglamentario antedicho:

1ª. Autorizar la disposición de bienes sobre los que se haya adoptado la medida de *prohibición de disponer*, prevista en el artº 39.2.a) de la Ley, siempre que el importe obtenido se ingrese en cuenta abierta en una entidad de crédito, cuenta que quedará sometida a la misma medida de control especial.

2ª. Autorizar que, con cargo a los fondos provenientes de la disposición de bienes antes citada, se pueden realizar pagos destinados a satisfacer los derechos de los tomadores, asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados.

3ª. Autorizar, con cargo a fondos sometidos a la misma medida de control especial antes citada, la adquisición de bienes que, automáticamente, quedarán sometidos a dicha medida. A estos efectos, la autorización especificará dicho extremo y será inscribible en los registros públicos correspondientes.

4ª. Autorizar la realización de los actos de gestión y disposición, la contratación de nuevos seguros o la admisión de nuevos socios.

5ª. Cualquiera otra que se estime necesaria.

Salvo la última de las funciones descritas todas las demás pueden encuadrarse dentro de la categoría de funciones de fiscalización

Las tres primeras funciones están íntimamente relacionadas con la aplicación a la entidad de la medida de control especial prohibiendo la disposición de determinados bienes, y las finalidades de autorizar la disposición de dichos bienes son, principalmente, la de generar liquidez suficiente para hacer frente al pago de obligaciones asumidas con tomadores, asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados y la de efectuar cambios en las inversiones de la entidad. En todos los casos las cuentas o bienes a los que se hayan destinado los fondos liberados quedarán, automáticamente, sometidos a la medida de control especial originaria.

En la cuarta de las funciones mencionadas, la referencia a que los interventores podrán autorizar “la admisión de nuevos socios”, debe entenderse en relación con los de las entidades mutuas, cooperativas y mutualidades de previsión social, en las cuales los socios son al propio tiempo tomadores de las pólizas.

Por lo que se refiere a la última de las funciones citadas, la de “cualquiera otra que se estime necesaria”, no aclara el Reglamento si quien debe realizar tal estimación es la Dirección General de Seguros o la Intervención. Estimamos que, en principio, dado el alto contenido de discrecionalidad que incorpora el precepto, es la Dirección General de Seguros la que, en el acuerdo de intervención o en otro posterior, deberá establecer en su caso las funciones de que se trate, salvo que por justificables y justificadas razones de urgencia la Intervención tenga que adoptar las mismas, con la posterior ratificación de la citada Dirección General.

Por lo que se refiere a las normas de actuación a las cuales deben adecuar los interventores su actividad todas ellas tienen fines de documentación de la actuación interventora y, según el artº 92,2 del Reglamento, son las siguientes:

1ª. Extender diligencia en la que haga constar su toma de posesión, las personas que asisten, las incidencias y posibles dificultades para el desarrollo de sus funciones de intervención.

2ª. Acreditar sus actuaciones y comprobaciones en informes, diligencias, autorizaciones o denegaciones, de las que entregará copia al representante legal de la entidad.

3ª. Extender diligencias para documentar los requerimientos y las advertencias que, en su caso, formule la entidad. Las manifestaciones *que la entidad desee formular se harán constar en documento separado.*

5. LA LIQUIDACIÓN POR EL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS

Trataremos a continuación la modalidad de liquidación administrativa^{696 697} en la que es el citado Consorcio el encargado de llevar a efecto la totalidad de las operaciones

⁶⁹⁶ Encomendada a la *Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA)*, hasta que sus competencias fueron asumidas por el Consorcio de Compensación de Seguros de acuerdo con la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE de 23 de noviembre de 2002).

de liquidación, competencias que desde su creación en 1984 eran desempeñadas por la Comisión Liquidadora de entidades Aseguradoras (CLEA). Para ello nos centraremos, principalmente, en el objeto y funciones del Consorcio como liquidador de entidades aseguradoras y en el procedimiento de liquidación específico aplicable al caso.

5.1. Antecedentes, régimen normativo y naturaleza

5.1.1. Antecedentes

La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras fue creada por el Real Decreto-Ley 10/1984 de 11 de julio (BOE de 14 de julio), por el que se establecieron “medidas urgentes para el saneamiento del sector de seguros privados y para el reforzamiento del Órgano de control” (BOE de 14 de julio), publicado no mucho antes que la Ley de Ordenación de 1984, de 2 de agosto (BOE de 4 de agosto), y cuya exposición de motivos lo justificaba basándose en “las insuficiencias legislativas actuales y la inexistencia de instrumentos adecuados para lograr el urgente objetivo coyuntural de saneamiento del sector de seguros privados...”, estableciéndose en dicho Real Decreto “las medidas urgentes necesarias para resolver en breve plazo las situaciones de crisis de algunas Entidades aseguradoras, creando el instrumento adecuado para proceder a la liquidación ordenada y ágil de las empresas de seguros cuya liquidación sea intervenida administrativamente y dotando al Organismo de control de los medios inspectores precisos para el cumplimiento del objetivo”.

Posteriormente, la vigente Ley de 1995 justificó la consolidación del modelo y su inclusión en el articulado de la propia Ley “*dotando a la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras de un régimen legal estable, ya que la necesidad de permanencia del mismo se ha puesto de manifiesto merced a la experiencia acumulada desde su creación en 1984 y de las notables ventajas que para los asegurados y, en general, para todos los acreedores, supone este sistema de liquidación. Ello ha aconsejado incluir en la Ley todos aquellos aspectos referentes a la Comisión que la práctica ha demostrado que permiten aunar el mejor desempeño de su cometido y la máxima garantía de los derechos de todos los acreedores de la entidad en liquidación e, incluso, de los propios socios de la misma*”.

Las competencias en materia de liquidación de entidades aseguradoras encomendadas a la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras (CLEA), han sido asumidas por el Consorcio de Compensación de Seguros de acuerdo con la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE de 23 de noviembre de 2002), aunque esta última Ley solo justifica la fusión porque ésta “*permitirá reducir costes de gestión a través del aprovechamiento de las sinergias entre ambos organismos*”. De acuerdo con lo dispuesto por el artº 10, primero, de dicha Ley

⁶⁹⁷ Son de especial interés en esta materia, entre otras aportaciones doctrinales, los libros “*Comentarios a la liquidación de entidades aseguradoras por la CLEA*”. Ministerio de Economía y Hacienda. Secretaría de Estado de Economía. Madrid 1998, y “*La CLEA. Su huella. Compendio de resoluciones judiciales y administrativas*”. Ministerio de Economía. Madrid 2001. El primero de ellos, obra colectiva, contiene diversas colaboraciones que tratan los principales aspectos que afectan a la Comisión. El segundo, precedido de un “Estudio general previo sobre la liquidación administrativa de entidades aseguradoras”, del profesor Francisco Javier MALDONADO MOLINA, contienen una recopilación de 155 resoluciones, en su inmensa mayoría judiciales, (27.7.1985 a 21.12.2000), dictadas en materias relacionadas con la Comisión.

“se suprime el Organismo autónomo *Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras*, cuyas funciones, patrimonio y personal se asumirán (...) por la entidad pública empresarial *Consortio de Compensación de Seguros*” Así mismo la Disposición Transitoria Tercera de la Ley dispone que el Consortio “sucederá a la Comisión (...) en todos sus derechos y obligaciones, continuando las liquidaciones que esta tienen encomendadas y manteniendo todas sus relaciones jurídicas y su personal laboral”.

Como ha señalado la doctrina, al comentar los supuestos que conducen a la liquidación de la entidad por el Organismo competente, “estos supuestos de hecho, verdaderamente excepcionales, crean tan graves problemas en el mercado asegurador que, sin duda, justifican el especial régimen jurídico que se articula como mera consecuencia de la necesaria intervención de la Administración. Siguiendo al profesor DONATI, podríamos decir, que la liquidación forzosa administrativa es una institución residenciable dentro del ámbito en que se desenvuelve la actividad de control de la Administración del Estado sobre la empresa aseguradora, cuya manifestación se inicia mediante el pronunciamiento de un *acto administrativo en el sentido técnico* que en lugar de superponerse a la actividad del empresario, como sucede en los supuestos normales, pertenece al llamado *control sustitutivo*, en el que la Administración, por razones de interés general, sustituye la actividad empresarial”⁶⁹⁸.

5.1.2. Régimen normativo

El régimen normativo fundamental de la materia que nos ocupa, lo que ha sido denominado como “núcleo esencial” de la regulación⁶⁹⁹, que reproduce en gran medida el del R.D. Ley 10/1984, se encuentra en el Título II, Sección 3ª, artículos 35 a 38 de la Ley de Ordenación que contienen las normas fundamentales de la regulación y en el artº 13 bis del Estatuto Legal del Consortio, en virtud de la modificación introducida en éste por la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. La Disposición Transitoria Tercera de esta última Ley dispone, además, que hasta que se dicten las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la misma permanecerán en vigor, en lo que no se opongan a la misma, el Reglamento de la Comisión aprobado por Real Decreto 2020/1986, de 22 de agosto; la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 25 de marzo de 1988 por la que se complementa el indicado Reglamento; y el Real Decreto 312/1988, de 30 de marzo, por el que se someten las Entidades de Previsión Social a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 10/1984, de 11 de julio de creación de la Comisión; y

⁶⁹⁸ MUÑOZ, Álvaro. “La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras”, en “*Comentarios a la Ley de Ordenación...*”. Op. cit. Tomo II, pp. 359 y 360. El autor en nota a pie de página remite a la obra del profesor ANTIGONO DONATI “*Manuale di Diritto delle Assicurazioni Private*, publicado en Milán 1956, sin indicar la ubicación de la cita. No obstante, en la versión española de dicha obra titulada “*Los Seguros Privados. Manual de Derecho*”, traducción de Arturo Vidal Solá y edición de Bosch, en sus páginas 129 y 130 se dice lo siguiente: “También la liquidación forzosa administrativa se incluye entre los controles del Estado sobre la empresa; pero mientras que en las otras fases los actos de la A.P. [Administración Pública] se superponen -preveyendo (sic) o sucediendo- a la actividad del empresario, en ésta el Estado substituye al empresario (llamado control substitutivo): directamente con el acto que provoca la apertura del estado de liquidación; por medio de órganos propios y bajo su control mediante el procedimiento de liquidación. El acuerdo con el cual el Estado ordena la liquidación forzosa administrativa de la sociedad aseguradora es generalmente un acto administrativo en sentido técnico porque emana del Estado por medio de sus órganos administrativos y en el ejercicio de su función administrativa”.

⁶⁹⁹ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, en “*Comentarios a la liquidación...*”. Op. cit. p. 107.

el Real Decreto 2226/1986, de 12 de septiembre, por el que se confiaban a la Comisión las funciones atribuidas a la Comisión creada por el R.D-Ley de 11/1981, de 20 de agosto.

5.1.3. El Consorcio de Compensación de Seguros

Antes de tratar la función del Consorcio como liquidador de entidades aseguradoras consideramos oportuno realizar una sintética exposición tanto de su génesis como del resto de funciones que desempeña.

A. Antecedentes⁷⁰⁰

El origen del actual Consorcio se remonta, por un lado, a la creación del *Consorcio de Compensación de Riesgos de Motín*, creado por Ley de 17 de octubre de 1940 para hacer frente a la siniestralidad derivada de la guerra civil española y cuya denominación fue sustituida por la de Consorcio de Compensación de Riesgos Catastróficos sobre las Cosas por Decreto de 5 de mayo de 1944, a causa del incendio de Santander y la catástrofe de Canfranc de 1941 y, por otro lado, a la constitución del *Consorcio de Compensación de Accidentes Individuales* creado por Ley de 17 de octubre de 1941, también a consecuencia de la siniestralidad de la guerra civil. También existió un Consorcio de Compensación de Seguros en el Ramo de Vida, que fue extinguido por Orden Ministerial de 16 de junio de 1954 y traspasados sus asuntos al de Accidentes Individuales.

Por Ley de 16 de diciembre de 1954 el Consorcio de Riesgos Catastróficos sobre las Cosas y el de Accidentes Individuales se refundieron en un solo organismo denominado *Consorcio de Compensación de Seguros* que asumió las competencias de los organismos desaparecidos, conjuntamente con las referidas a los riesgos agrícolas, forestales y pecuarias.

Posteriormente por Real Decreto 2878/1981, de 13 de noviembre, el Consorcio absorbió las competencias, derechos y obligaciones de la Comisaría del Seguro Obligatorio de Viajeros, la Caja Central de Seguros y el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación lo cual supuso, en la actividad del organismo, una de las modificaciones más importantes de su historia reciente.

B. Régimen jurídico actual

Su actual Estatuto Legal fue aprobado por la Ley de 19.12.90⁷⁰¹, y ha sido modificado por la Ley de Ordenación de 8.11.95 (D.A. 9ª) y, más recientemente, por la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero que, entre otras modificaciones, ha traspasado al Consorcio las competencias de la Comisión Liquidadora en materia de liquidación de entidades de seguros.

⁷⁰⁰ Vid. al respecto DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. "Derecho Español de Seguros". Tercera edición pp. 285 a 293. Madrid 1983; y BARRERO RODRIGUEZ, Enrique. "El Consorcio de compensación de Seguros", pp. 120 a 125. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 2000.

⁷⁰¹ Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida y de actualización de la legislación de seguros privados. Dicha ley en su artº 4 regula el Estatuto Legal del Consorcio.

El Consorcio es una Entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia, adscrita al Ministerio de Economía,. Dicho organismo está dotado de un patrimonio propio distinto al del Estado y de plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines tanto privados como públicos, que debe ajustar su actividad al Ordenamiento Jurídico Privado.

El Consorcio de Compensación de Seguros, como organismo inspirado en el principio de compensación, tiene por fin cubrir los riesgos en los seguros que se determinan en su Estatuto Legal, con la amplitud que se fija en el mismo o con la que pueda hacerse en disposiciones específicas con rango de ley.

C. Funciones del Consorcio

a. Funciones públicas

Son funciones públicas del Consorcio de Compensación de Seguros las concernientes a la exigibilidad de los recargos a favor del mismo, las que le atribuye la legislación reguladora del seguro de crédito a la exportación por cuenta del Estado y aquellas otras que le confiere su legislación específica.

b. Funciones privadas

Las funciones privadas del Consorcio afectan a las siguientes materias :

1ª. En el ámbito de los *Riesgos Extraordinarios* y a consecuencia de la citada Ley de 1990, el Consorcio ya no ostenta la exclusiva de aseguramiento en este tipo de riesgos, que podrán ser también asegurados por las Entidades Privadas. Este cambio se debe fundamentalmente a la necesidad de adecuar nuestro Ordenamiento Jurídico a las normas del Derecho de la Unión Europea que, en general, impiden la existencia de monopolios y exclusivas por parte del Estado en actividades que, en principio, son propias de la iniciativa privada.

En esta materia el Consorcio ejerce, en síntesis, dos funciones:

- Asegurar dichos riesgos, en caso de que en una póliza no exista cobertura de los mismos por parte de la Entidad Aseguradora.

- Garantizar el pago de las indemnizaciones cuando la Entidad Aseguradora se encuentre en situación de insolvencia.

La función de aseguramiento tendrá por objeto indemnizar, en régimen de compensación, las pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios acaecidos en España y que afecten a riesgos en ella situados. A estos efectos se consideran pérdidas los daños directos en las personas y los bienes, y se entenderá por acontecimientos extraordinarios:

- Los siguientes fenómenos de la naturaleza: Terremotos y maremotos, las inundaciones extraordinarias, las erupciones volcánicas, la tempestad ciclónica atípica y las caídas de cuerpos siderales y aerolitos.

- Los ocasionados violentamente como consecuencia de terrorismo, rebelión, sedición, motín y tumulto popular.

- Hechos o actuaciones de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en tiempo de paz.

Para el cumplimiento por el Consorcio de sus funciones, en materia de compensación de pérdidas derivadas de acontecimientos extraordinarios acaecidos en España, es obligatorio el recargo a su favor en los contratos de seguro que amparen a personas o bienes situados en España de los siguientes ramos: Accidentes, Vehículos terrestres, Vehículos ferroviarios, Incendios y eventos de la Naturaleza y Otros daños en los bienes, así como modalidades combinadas de los mismos o cuando se contraten de forma complementaria.

2ª. En relación con el *Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Automóvil*, corresponden en España al Consorcio, y hasta los límites de dicho seguro, los siguientes cometidos:

- Contratar los riesgos de los vehículos de motor propiedad del Estado y de sus Organismos Autónomos, así como, en caso de ausencia de seguro concertado con entidad aseguradora, de los que pertenezcan a la Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Entidades de Derecho Público dependientes de éstas o del Estado.

- Contratar la cobertura en los riesgos no aceptados por las entidades aseguradoras.

- Pagar las indemnizaciones cuando la entidad aseguradora sea declarada en quiebra, suspensión de pagos, y cuando, hallándose en situación de insolvencia, la liquidación sea intervenida por la administración o sea asumida por el propio Consorcio.

- Indemnizar a quienes hayan sufrido daños corporales o materiales cuando el vehículo causante o el conductor sean desconocidos .

- Indemnizar los daños corporales o materiales producidos por el vehículo cuando, estando asegurado, haya sido sustraído.

- Indemnizar los daños corporales o materiales cuando el vehículo no esté asegurado.

- Y, en general, indemnizar los daños producidos por un vehículo de motor cuando, por cualquier circunstancia, no pudiera ser efectiva la cobertura del Seguro Obligatorio de Automóviles.

3ª. En las coberturas del *Seguro Agrario Combinado*, en la forma y cuantía que determine el Ministerio de Economía:

- Asume la diferencia no cubierta por el conjunto de entidades aseguradoras respecto de la totalidad de la cobertura prevista por la Ley de Seguros Agrarios Combinados.

- Actúa como reasegurador obligatorio.

4ª. En el *Seguro de Crédito a la Exportación*, el Consorcio actúa como posible reasegurador en los riesgos comerciales, y como administrador de los recursos necesarios para que la "Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación" (CESCE), pueda hacer frente a los riesgos políticos y extraordinarios que cubre, en exclusiva, por cuenta del Estado.

5ª. Ejerce asimismo competencias en el *Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Cazador*, similar a las desarrolladas en el Obligatorio de Automóviles.

6ª. Cubre los riesgos del *Seguro Obligatorio de Viajeros* en los siguientes supuestos:

- En el caso de riesgos que no hayan sido aceptados por las Entidades Aseguradoras.
- Cuando la entidad aseguradora sea declarada en quiebra, suspensión de pagos, y cuando, hallándose en situación de insolvencia, la liquidación sea intervenida por la administración o sea asumida por el propio Consorcio.
- Cuando el transportista no tenga suscrita la póliza.
- Si el transportista realiza viajes públicos colectivos de personas sin estar legalmente autorizado para ello.

7ª. En relación con el *Seguro de Riesgos Nucleares* asume la cobertura de la responsabilidad civil derivada de accidente nuclear acaecido en España:

- Asumiendo la diferencia no cubierta por el conjunto de entidades aseguradoras respecto al límite mínimo de responsabilidad previsto por la Ley de Energía Nuclear.
- Actuando como reasegurador.

D. Recargos a favor del Consorcio

Para el logro de sus fines de compensación, fondo de garantía y liquidación de entidades, además de otros recursos económicos (artº 23 del Estatuto), el Consorcio cuenta con la recaudación de los correspondientes recargos que deben ser recaudados obligatoriamente por las entidades al realizar el cobro de sus primas.

Los recargos son los siguientes (artº 18.1 del Estatuto):

- Recargo en el seguro de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes,
- Recargo en el seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor,
- Recargo destinado a financiar las funciones de liquidación de entidades aseguradoras,
- Recargo en el seguro obligatorio de responsabilidad civil del cazador y
- Recargo en el seguro obligatorio de viajeros.

Estos recargos, que corresponden al Consorcio en su funciones de compensación y fondo de garantía, tienen el carácter de ingresos de derecho público exigibles por la vía administrativa de apremio cuando no hayan sido ingresados por las entidades aseguradoras en el plazo fijado legalmente, siendo a tal efecto título ejecutivo la certificación de descubierto despedida por el Director General de Seguros, a propuesta del Consorcio.

E. Organización del Consorcio

El Consorcio de Compensación de Seguros está administrado y regido por un Consejo de Administración que estará compuesto por el Presidente del Consorcio y un máximo de –dieciocho–vocales⁷⁰². El Presidente del Consorcio es el Director General de Seguros y Fondos de Pensiones (artº 4 del Estatuto).

⁷⁰² Incrementado el número de vocales de doce a dieciocho por el artº 11, apartado tercero, nº dos, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que modificó el artº 4 del Estatuto Legal del Consorcio.

5.2. Funciones liquidatorias del Consorcio

5.2.1. Reconocimiento legal de la función

El artº 3.4 del Estatuto del Consorcio establece que corresponderá a dicho organismo *“llevar a cabo la liquidación de las entidades aseguradoras que le sea encomendada en los supuestos previstos [en el propio Estatuto y en la Ley de Ordenación] (...) así como el ejercicio de las funciones que en el seno de los procedimientos concursales a que puedan verse sometidas las mismas entidades se le atribuyen en dichas normas”*⁷⁰³.

Así mismo, de conformidad con el artº 13 bis. 1, primer párrafo, del citado Estatuto⁷⁰⁴, el Consorcio *“asumirá la condición de liquidador de las entidades aseguradoras enumeradas en el artículo 7.1 de la Ley [de Ordenación], sujetas a la competencia de ejecución del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuando le encomiende su liquidación el Ministro de Economía y Hacienda o el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma.*

Las entidades del indicado artº 7.1 de la Ley son las sociedades anónimas, mutuas, cooperativas y mutualidades de previsión social que realicen la actividad aseguradora. Se trata, en primer lugar, de entidades de nacionalidad española pero, aunque no lo diga expresamente el precepto, también quedan incluidas las sucursales de entidades domiciliadas en países terceros, no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, por aplicación de lo previsto para éstas en el artº 88.1 de la Ley en virtud del cual les será de aplicación el Título II de la misma en el que se incluye el régimen de liquidación por el Consorcio; en cambio, no resultará de aplicación dicho sistema de liquidación a las sucursales de países miembros del Espacio Económico Europeo, las cuales quedan bajo la supervisión del Órgano de Control del país en que radique el domicilio social de la entidad de la que dependan⁷⁰⁵.

Esta modalidad de liquidación afecta, en primer lugar, a entidades que se encuentren bajo la competencia del Estado. No obstante la Ley permite que, en su caso y a petición del Órgano de supervisión competente de la respectiva Comunidad Autónoma, pueda encargarse el Consorcio (al igual que antes la Comisión Liquidadora) de la liquidación de entidades que sean competencia exclusiva de dicha Comunidad.

Conviene tener en cuenta que, hasta la promulgación de la Ley 44/2002 de Medidas de Reforma del sistema Financiero, la totalidad de los preceptos reguladores de la liquidación por la Comisión Liquidadora (arts. 29 a 38 de la Ley de ordenación) carecían del carácter de “básicos” ya que se encuentran expresamente privados de tal condición por la Disposición final 1ª.1.a) de la Ley de Ordenación y, además, tampoco están incluidas entre las materias de competencia exclusiva estatal relacionadas en el nº 2 de dicha Disposición Final. En consecuencia, las Comunidades Autónomas que tuvieran asumidas en sus Estatutos competencias normativas y de ejecución de las bases

⁷⁰³ Nº 4 incluido por el artº 11, párrafo tercero de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

⁷⁰⁴ Dicho artículo transcribe literalmente el artº 31 de la Ley de Ordenación derogado por la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

⁷⁰⁵ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. p.113.

de ordenación del seguro privado podrían regular esta materia creando órganos equivalentes para que actúen en sus respectivos territorios con las entidades sometidas a competencia de dichas Comunidades⁷⁰⁶ pero también podían solicitar de la Comisión liquidadora, como ahora del Consorcio, que asumiera la liquidación de la entidad de que se tratase .

No obstante, la indicada Ley 44/2002 ha derogado los artículos 29 a 34 de la Ley de Ordenación (reguladores, respectivamente, de la naturaleza y adscripción; régimen jurídico; objeto y funciones; órganos de gobierno y administración; régimen de funcionamiento; y recursos económicos de la Comisión Liquidadora), permaneciendo vigentes los artículos 35 a 38 relativos a las normas generales de la liquidación, beneficios de la liquidación, procedimiento de liquidación y anticipo de gastos de liquidación y satisfacción de créditos, en los cuales toda las referencias contenidas en la Ley de Ordenación relativas a la Comisión “*se entenderán hechas al Consorcio de Compensación de Seguros*”, en virtud de lo dispuesto por artº 10,segundo, de la Ley 44/2002.

Ahora bien, de los artículos derogados el artº 31 de la Ley de Ordenación ha pasado íntegro al Estatuto del Consorcio con el ordinal 13-bis, pero éste sí tiene el carácter de “básico” ya que de conformidad con lo dispuesto por la Disposición Final Primera de la Ley 44/2002, “*esta Ley tiene carácter básico al amparo de lo previsto por el artº 149.1.11ª y 13º de la constitución, que atribuyen al Estado competencia exclusiva sobre bases de la ordenación del crédito, banca y seguros, y sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*”. Con ello nos encontramos con que una materia que antes carecía de carácter básico, a efectos de las previsiones constitucionales, ahora sí lo tiene y cabe interpretar que solo el Estado posee la competencia para liquidar las entidades aseguradoras careciendo las Comunidades Autónomas de competencias para crear organismos propios que atiendan tal función para las entidades de competencia exclusiva de aquellas.

Carece la exposición de motivos de la Ley 44/2002, de mención alguna a las razones por las que se ha producido tal cambio pues la única justificación de la desaparición de la Comisión y el traspaso de sus funciones al Consorcio viene fundamentada porque tal medida “*permitirá reducir costes de gestión a través del aprovechamiento de las sinergias entre ambos organismos*”, argumento económico que si, en principio, es válido para la eliminación de uno de los organismos estatales también podría serlo para justificar la no proliferación de organismos liquidadores en las Comunidades Autónomas que podría ir en detrimento de la protección de los derechos de los asegurados de las entidades sometidas a liquidación. No obstante es tema que debe quedar a la espera de la resolución de los posibles recursos de inconstitucionalidad que pudieran plantearse ya que, a primera vista, pudiera interpretarse que no han cambiado sensiblemente las circunstancias como para que se justifique el cambio comentado.

⁷⁰⁶ NÚÑEZ LOZANO, Mª del Carmen. “*Ordenación y supervisión de los seguros privados*”, p. 281, nota 69. Marcial Pons. Madrid 1998.

5.2.2. Supuestos en los que puede ser encomendada al Consorcio la liquidación de entidades aseguradoras

De acuerdo con el párrafo segundo del citado artº 13 bis del Estatuto Legal del consorcio la liquidación de la entidad podrá serle encomendada en los siguientes casos:

1º. Simultáneamente a la disolución de la entidad aseguradora si se hubiere procedido a ella administrativamente.

2º. Si, disuelta una entidad, ésta no hubiese procedido al nombramiento de los liquidadores antes de los quince días siguientes a la disolución o cuando el nombramiento dentro de ese plazo lo fuese sin cumplir los requisitos legales y estatutarios.

3º. Cuando los liquidadores incumplan las normas que para la protección de los asegurados se establecen en la Ley, las que rigen la liquidación o dificulten la misma. También cuando, por retrasarse la liquidación o por concurrir circunstancias que así lo aconsejen, la Administración entienda que la liquidación debe encomendarse al Consorcio. Caso de que la liquidación sea intervenida, la encomienda al Consorcio se acordará previo informe del Interventor.

4º. Mediante aceptación de la petición de la propia entidad aseguradora, si se apreciara causa justificada.

Solo el último de los supuestos requiere no solo solicitud de la entidad sino también causa justificada para que liquidación la asuma el Consorcio. En los demás casos tal asunción se produce por decisión administrativa, la cual puede producirse: al acordar la disolución administrativa de la entidad; cuando no se hayan nombrado liquidadores o los nombrados no reúnan los requisitos para ello; cuando los liquidadores incumplan la normativa aplicable o dificulten la liquidación; cuando la liquidación se retrase; y cuando concurren otras circunstancias que así lo aconsejen. En los casos incluidos en el supuesto 3º anterior (incumplimiento de normas o entorpecimiento por parte de los liquidadores o retraso en la liquidación u otras circunstancias, la Ley establece que si la liquidación fuese intervenida la asunción de la misma por el Consorcio se efectuará previo informe de la Intervención, informe que entendemos preceptivo, pero no vinculante y que, además, consideramos que es también de aplicación en el supuesto en que, existiendo intervención en la liquidación, no se hayan nombrado liquidadores de acuerdo con lo establecido por la normativa.

De una primera lectura de los tres primeros supuestos en que se puede encomendar la liquidación al Consorcio puede obtenerse la conclusión de que solo cabrá tal posibilidad cuando se trate de entidades que previamente han sido disueltas. Con ello, en principio, quedarían excluidos los supuestos en que se produce la revocación de la autorización administrativa, sin disolución, por renuncia de la entidad que afecte a todos o a algunos de los ramos en que opere, lo cual implica la liquidación de las operaciones de los ramos a que afecte la revocación (arts. 25.1.a) y 5; 26.1.1º de la Ley de Ordenación). Creemos, no obstante, que en tales casos sí puede ser encomendada la liquidación al Consorcio, como ha señalado la doctrina⁷⁰⁷. En

⁷⁰⁷ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. p.112.

principio, el supuesto tercero de los mencionados permite encomendar la liquidación cuando *los* liquidadores incumplan las normas o dificulten la liquidación, o cuando ésta se retrase, y como la Ley no distingue si se trata de *liquidadores* y *liquidación* de uno, varios o todos los ramos o si existe o no disolución previa, puede entenderse que todas las situaciones citadas están incluidas en el referido supuesto tercero. También éste prevé la posibilidad de encomendar la liquidación al Consorcio “*por concurrir circunstancias que así lo aconsejen*”, previsión que, aunque incorpora un alto grado de discrecionalidad, podrá ser utilizada por la Administración para que en los casos citados, ante circunstancias distintas a las señaladas, la liquidación sea realizada por la Comisión. Pero es que, además, el artº 25.5 de la Ley dispone que la revocación de la autorización “*determinará, en todos los casos, (...) la liquidación, con sometimiento a lo dispuesto en el artº 27, las operaciones de seguro de los ramos afectados por la revocación*”, y dicho artº 27 en su nº 2, al establecer las “*medidas*” que puede adoptar el Ministerio de Economía, dispone en su letra b) que podrá “*designar liquidadores o encomendar la liquidación al Consorcio (...) en los supuestos enumerados en el artº 13 bis del Estatuto Legal del Consorcio*”. Así pues, pensamos que poniendo en conexión los tres preceptos indicados cabe encomendar al Consorcio las liquidaciones de uno, varios o todos los ramos en los supuestos en que no existe disolución previa de la Entidad.

5.2.3. Funciones del Consorcio en los procesos concursales

Los ns. 2 y 3 del artº 13 bis del Estatuto del Consorcio establecen la posición que ocupa dicho organismo cuando se substancien procesos concursales de suspensión de pagos o de quiebra que afecten a entidades aseguradoras.

Así dicho artº 13 bis dispone, en su nº 2, que al Consorcio “*le corresponde la condición y funciones de interventor único en las suspensiones de pagos cuya declaración haya sido solicitada por una entidad aseguradora. Además, si el Juzgado acuerda tomar la medida precautoria y de seguridad de suspensión y sustitución de los órganos de administración de la entidad aseguradora suspensa, el administrador único sustituto será el propio Consorcio*”, y en su nº 3 que dicho organismo “*asume, en los procesos de quiebra voluntaria o necesaria (...) la condición y funciones del Depositario, Comisario y único Síndico*”.

La necesidad de que en los procesos concursales que afecten a una entidad aseguradora participe la Administración supervisora de la actividad, es norma tradicional en el derecho del seguro privado, desde que el Real Decreto de 10 de noviembre de 1924⁷⁰⁸ estableció que en la suspensiones de pagos dos de los tres interventores deberían ser funcionarios del entonces Cuerpo Técnico de Inspección Mercantil y de Seguros, y respecto de las quiebras que los cargos de Comisario, Depositario y, también, uno de los tres Síndicos, debían recaer en inspectores de dicho Cuerpo⁷⁰⁹, situación que la Real Orden de 5 de diciembre de 1924 amplió en las suspensiones de pagos a los dos puestos de peritos designados por el Juez.

⁷⁰⁸ Ratificado por Decreto de 31 de mayo de 1931 y ley de 30 de diciembre de 1931.

⁷⁰⁹ Para ello el referido R.D. adicionó los pertinentes párrafos al artículo 4 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 y artículos 1333 y 1346 de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta situación estuvo vigente hasta el Real Decreto-Ley 10/1984, de 11 de julio, por el que se creó la Comisión Liquidadora, en cuyo artº 6 se estableció el sistema que ha sido ratificado por la normativa vigente.

5.2.4. Otras funciones liquidatorias

El artº 13 bis.1.d) del Estatuto reconoce una última función al Consorcio cuando establece que éste *“en su caso, lleva a efecto la liquidación separada de los bienes afectos a prohibición de disponer”* a los que se hace referencia en el artº 28.1 de la Ley de Ordenación anteriormente comentado, el cual dispone que en caso en caso se declaración judicial de quiebra o de suspensión de pagos el Consorcio procederá a liquidar el importe de los bienes a que hace referencia el artº 59 de la Ley que no son otros que aquellos que están destinados a satisfacer el crédito singularmente privilegiado que este último precepto reconoce a favor de asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados, cuando se haya impuesto como medida de control especial la prohibición de disponer de determinados bienes.

En consecuencia el Consorcio, además de sus funciones en los procesos de suspensión de pagos o quiebra antes señaladas, debe proceder a la liquidación separada de dichos bienes. A tales efectos conviene tener en cuenta lo señalado por el Dictamen emitido el 22 de enero de 1992 por la Comisión Permanente del Consejo de Estado, relativo al orden de prelación de créditos en el procedimiento que sitúa en primer lugar los créditos privilegiados de los asegurados sin más prioridad que las cargas reales que pudieran recaer sobre los mismos, y cuya manifestación es del siguiente tenor: *“De acuerdo con lo expuesto, se puede establecer el siguiente orden de prelación general: A) En el supuesto de existir bienes afectos para garantizar el derecho de los asegurados y beneficiarios, de acuerdo con los artículos 33 y 42.2.e) [hoy arts. 59 y 39.2.a) del vigente Ley de Ordenación] de la ley sobre Ordenación del Seguro Privado, su importe será destinado a pagar a los titulares de las cargas reales constituidas e inscritas con anterioridad a la anotación registral que hizo constar la afección, hasta el importe de la respectiva carga. El remanente será destinado al pago de los asegurados y beneficiarios que acrediten debidamente sus derechos, haciéndose un reparto proporcional, en su caso, entre todos ellos, y a atender los gastos de liquidación. Si se satisficieran todos estos créditos, el resto será incluido dentro de la masa de la entidad sometida a liquidación. Todo ello sin perjuicio de que pueda ser necesario, caso de insuficiencia del resto del patrimonio, destinar parte del producto de estos bienes afectos al pago, con preferencia absoluta, al pago de los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo en cuanto que no supere el doble del salario mínimo interprofesional”*⁷¹⁰.

5.3. Caracteres de la liquidación efectuada por el Consorcio

En opinión de un sector de la doctrina, que consideramos vigente, manifestada cuando aún existía la Comisión, este tipo de liquidación es más una “liquidación mercantil” que una “liquidación administrativa” propiamente dicha, a pesar de que la propia Ley de Ordenación ha utilizado esta última frase para la rúbrica de la sección dedicada a esta clase de liquidación; más bien cabe hablar de “liquidación acordada y controlada administrativamente”, basándose tales afirmaciones en las siguientes

⁷¹⁰ “La CLEA. Su huella...”. Op. cit. p. 346.

razones: “en primer lugar, que al referirse [la Ley de Ordenación] a la liquidación por la CLEA, (...), somete a la Comisión [hoy al Consorcio] a las mismas normas que aplica a los liquidadores de entidades aseguradoras y a los liquidadores de cualesquiera sociedades anónimas y nunca podremos decir que estos dos últimos grupos llevan a cabo liquidaciones administrativas; en segundo lugar, porque los preceptos que específicamente regulan la liquidación por la CLEA no encomiendan a ésta potestades administrativas en la liquidación sino, por el contrario, la someten a un procedimiento riguroso y le imponen con mayor dureza, si cabe, las obligaciones propias de los liquidadores de entidades aseguradoras, constituyendo una facultad legal, -no una facultad administrativa-, la posibilidad de no instar la suspensión de pagos o la quiebra; en tercer término, porque la potestad administrativa en la liquidación por la CLEA sigue estando residenciada en la autoridad supervisora (...); y, finalmente, porque la totalidad de los actos de la CLEA en el procedimiento liquidatorio están sometidos, como no podría ser de otro modo, al enjuiciamiento de los Tribunales, pero tal enjuiciamiento no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa (que es la que está fundada sobre la teoría del acto administrativo como propio de la potestad administrativa) sino a la jurisdicción civil”⁷¹¹.

Así mismo se ha señalado que este tipo de liquidaciones “dan lugar a un procedimiento que dentro de los del genero de los de ejecución universal, tiene dos fundamentales características propias: 1) que la liquidación se lleva a cabo por una institución administrativa [hoy por una Entidad de Derecho Público] y 2) que el fin primordialmente perseguido –al servicio del cual se encuentra la ejecución universal que, en estos casos de liquidaciones de entidades aseguradoras encomendadas (...) y frente a la regla general establecida para los supuestos de insolvencia de la sociedad en liquidación por el artículo 281 de la Ley de Sociedades Anónimas, no hace decaer el procedimiento liquidatorio sino que se engloba dentro de éste- consiste en la definitiva extinción de la personalidad jurídica de la entidad en liquidación”⁷¹².

En dicho sentido se manifestaron, en su día, el Consejo de Estado y el Tribunal Constitucional⁷¹³. El Consejo de Estado en su Dictamen nº 49276/J:R: de 28 de julio de 1986 al emitir su preceptivo informe sobre el proyecto de Reglamento de la Comisión Liquidadora declaró que a ésta “se le encomienda la función de liquidar a las Entidades Aseguradoras mediante un procedimiento concursal de ejecución universal y carácter administrativo, regido por el principio *par conditio creditorum*, en el que se persigue la satisfacción de los derechos de los acreedores mediante la liquidación de la entidad en forma ordenada”. Por su parte el Tribunal Constitucional en su Sentencia 4/1988 de 21 de enero al resolver sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada en el proceso declaró que “las normas legales persiguen , así, la efectividad del principio de *par conditio creditorum*, en especial a favor de quienes no han contado con los medios e informaciones adecuadas para acudir a los Tribunales con igual presteza que otros y no se han visto beneficiados de la actuación de los liquidadores sociales hasta el momento”, y que “de un lado el procedimiento dirigido por la CLEA viene a constituir un procedimiento concursal que, incluso con garantía judicial posterior, según lo dicho,

⁷¹¹ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. pp. 113 y 114.

⁷¹² ANGULO RODRIGUEZ, Edmundo. “Liquidación de entidades aseguradoras por la CLEA: “Análisis comparativo con los procedimientos concursales” en “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. pp. 131 y 133.

⁷¹³ Vid. “La CLEA. Su huella. Compendio de...”. Op. cit. pp. 73 y 126-127, respectivamente.

asegura el reconocimiento y pago de los créditos según su naturaleza; de otro lado al perseguir la misma finalidad que los procesos universales, es inevitable que excluya su apertura y desarrollo simultáneos, pero deja abierta la puerta de acudir a ellos cuando el procedimiento administrativo fracasa”.

5.4 Recursos económicos del Consorcio para hacer frente a la liquidación de entidades aseguradoras

5.4.1. Recursos económicos

El Consorcio para el cumplimiento de sus funciones de liquidador de entidades aseguradoras cuenta con los siguientes recursos, reconocidos por el artº23.3 de su Estatuto Legal:

1º. El recargo a que se refiere el apartado 4 de dicho artículo, cuya gestión y recaudación también corresponde al Consorcio.

2º. Las cantidades y bienes que recupere en el ejercicio de los derechos de las personas que le hayan cedido sus créditos o por su abono anticipado a las mismas.

3º. Los previstos en el nº 1, letras d), e) y f) del propio artº 23: productos y rentas de su patrimonio; los procedentes de los créditos, préstamos y demás operaciones financieras que pueda concertar; y cualquier otro ingreso que le corresponda conforme a la legislación vigente.

Por su parte el artº 24.1.tercero, del Estatuto del Consorcio establece que este deberá llevar las operaciones que realice en el ejercicio de sus funciones de liquidación de entidades aseguradoras y en los procesos concursales a que éstas se encuentren sometidas con absoluta separación financiera y contable del resto de operaciones, estando exentas del Impuesto sobre Sociedades las rentas derivadas del ejercicio de dichas funciones.

5.4.2. El recargo del Consorcio de Compensación de Seguros

El artº 18.1 del Estatuto del Consorcio al regular los recargos a favor del Consorcio establece un “recargo destinado a financiar las funciones de liquidación de entidades aseguradoras”, cuya gestión y recaudación también compete al Consorcio.

El recargo, regulado por el artº 23.4⁷¹⁴ del Estatuto del Consorcio, está configurado como un tributo que grava los contratos de seguro cuya naturaleza jurídica tributaria es la de una tasa⁷¹⁵. Están sujetos al recargo la totalidad de los contratos de seguro que se celebren sobre riesgos localizados en España, distintos al seguro sobre la vida y al seguro de crédito a la exportación por cuenta o con el apoyo del Estado. El recargo se devengará cuando tenga lugar el pago de la prima que corresponda a los contratos de seguros sujetos al mismo.

⁷¹⁴ Número incluido por el artº 11, tercero, ocho de la Ley de Medidas de Reforma del sistema Financiero.

⁷¹⁵ BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. “*Ley del ...*”. Op. cit. p. 214.

Son sujetos pasivos del recargo, en condición de contribuyentes, las entidades aseguradoras, debiendo repercutir íntegramente su importe sobre el tomador del seguro, quedando éste obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en la Ley, cualesquiera que fueren las estipulaciones existentes entre ellos.

La base imponible del recargo está constituida por el importe de la prima, si bien no se entenderán incluidos en la prima aquellos importes correspondientes a cualesquiera otros recargos que el contrato de seguro afectado deba soportar en virtud de una disposición legal que lo imponga.

El tipo del recargo estará constituido por el tres por mil⁷¹⁶ de las primas antes referidas.

5.5. Régimen jurídico de la liquidación

La liquidación encomendada al Consorcio desencadena una serie de importantes efectos jurídicos que constituyen los caracteres fundamentales de este procedimiento de liquidación, los cuales vienen regulados por el artº 35 de la Ley de Ordenación.

Tales características son las siguientes:

5.5.1. Sustitución de todos los órganos sociales

El artº 35.1, primer párrafo, de la Ley dispone que *“en las liquidaciones que se les encomienden, el Consorcio sustituirá a todos los órganos sociales de la entidad aseguradora afectada”*, manifestación que, en sí misma, es clara respecto a que la sustitución tienen efectos respecto de cualquier tipo de “órgano social”. No obstante el precepto, para despejar cualquier duda que pudiera plantearse, añade que *“en consecuencia, no habrá lugar a la celebración de las juntas o asambleas ordinarias o extraordinarias de accionistas, mutualistas o cooperativistas de la entidad”*. Además dispone el precepto que *“las delegaciones y apoderamientos que confiera deberán constar en escritura pública”*.

Así pues, debe considerarse incluidos en el ámbito del precepto los Consejos de Administración, Comisiones Ejecutivas o Directivas, Consejeros Delegados, u órganos equivalentes responsables de la administración de la entidad, y las Juntas o Asambleas de socios.

Importante característica ésta ya que, como ha sido indicado, en opinión referida a la actividad de la Comisión pero que consideramos vigente, “contribuye a la autonomía de la CLEA en la liquidación de entidades aseguradoras evitando que la actuación de la Junta General de Accionistas (que se mantienen en las restantes liquidaciones cuando no son asumidas por la CLEA) pueda entorpecer la labor liquidatoria sin que, por el contrario, ello suponga la exoneración de cualquier tipo de responsabilidad de la CLEA frente a tales accionistas puesto que, en definitiva siempre estarán legitimados para

⁷¹⁶ Hasta la entrada en vigor de la Ley de Medidas de Reforma del sistema Financiero su importe era del cinco por mil.

impugnar el plan de liquidación si considerase que la entidad era solvente y, no obstante lo anterior, la CLEA no incorpora la relación de socios al mismo”⁷¹⁷:

Carácter éste que ha sido reconocido en vía judicial al declarar que “otra interpretación contraria a esta conclusión [la de denegar la convocatoria judicial de Junta General de accionistas] conculcaría la actuación del Órgano de Control administrativo constituido por la Comisión Liquidadora a través del representante legal determinado, ya que sus decisiones podrían verse continuamente vetadas por los socios en las Juntas haciendo ineficaz y estéril su función, que no olvidemos ha venido propiciada, entre otras posibles causas, por el fracaso de los Órganos societarios en la gestión empresarial”⁷¹⁸.

Con ello las facultades del Organismo Liquidador resultan muy reforzadas. Entre ellas estarán, por ejemplo, las que el artº 272 de la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a los liquidadores, entre las que se encuentra, como se vio en su momento, la muy importante de poder exigir los accionistas el desembolso de los dividendos pasivos pendientes.

No obstante lo anterior, la Ley (segundo párrafo del artº 35.1) respeta la continuidad de los recursos administrativos y contencioso-administrativo que hubiera podido interponer la entidad contra los actos de ordenación y supervisión del Ministerio de Economía y Hacienda con anterioridad a la asunción de la liquidación por la Comisión y, a tales efectos dispone que tales recursos “*podrán ser continuados por los administradores y por los socios que ostenten una participación significativa en su propio nombre, como titulares de un interés directo, si se personasen a estos efectos ante el órgano administrativo o jurisdiccional en el plazo de un mes desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la encomienda de la liquidación al Consorcio de Compensación de Seguros*”.

5.5.2. Exigencia de responsabilidades a administradores y directivos

La Ley incorpora un mandato al Consorcio cuando dispone que éste “instará” la exigencia de las responsabilidades a que hubiere lugar frente a administradores y directivos. Así, en su artº 35.2, primer inciso, establece que el Consorcio “*instará, cuando hubiere lugar a ello, la exigencia de responsabilidades de toda índole en que hubieran podido incurrir quienes desempeñaron cargos de administración o dirección de la entidad aseguradora en liquidación*”.

De lo anterior se deduce que el Consorcio viene obligado, una vez analizada la situación concreta de la entidad de que se trate, a proceder a la exigencia de las responsabilidades a que hubiere lugar por actos u omisiones de sus anteriores administradores o directivos⁷¹⁹.

⁷¹⁷ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. pp. 124 y 125.

⁷¹⁸ Auto de 23 de noviembre de 1994 del Juzgado de 1ª Instancia nº 18 de los de Madrid., en “La CLEA. Su huella. Compendio de...”. Op. cit. p. 115. Vid. también en sentido similar, el Auto de 18 de diciembre de 1996 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21) resolviendo el recurso interpuesto contra el antes citado y ratificando el mismo, Op. cit pp. 115 y 116.

⁷¹⁹ Vid. ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. p. 125.

Respecto a los sujetos responsables, aunque el precepto no aclara nada sobre qué hay que entender por “cargos de administración” y por “cargos de dirección”, estimamos que el criterio a aplicar es el que se deriva de lo previsto en el artº 15.1, en relación con el 40.1 de la Ley que utilizan la misma terminología a la hora de establecer, respectivamente, las condiciones que deben de reunir quienes lleven la dirección efectiva de la entidad y los sujetos que pueden incurrir en responsabilidad administrativa.

Las responsabilidades que puede exigir el Consorcio no están limitadas y son, como dice el precepto “de toda índole” lo cual incluye desde la exigencia de responsabilidad civil por daños causados a los intereses de la entidad, ejercitando la acción social de responsabilidad prevista por el artº 134 de la Ley de Sociedades Anónimas, hasta la depuración de posibles responsabilidades penales por aplicación, por ejemplo, de las establecidas para los administradores por el artº 31 del Código penal o por la comisión de delitos societarios⁷²⁰ (-falsear la contabilidad u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad; -imponer o aprovecharse de un acuerdo adoptado por medios ilícitos ; -imponer acuerdos abusivos con ánimo de lucro propio o ajeno; -negarse a o impedir que los socios pueden ejercitar sus legítimos derechos; -negar o impedir la actuación supervisora o inspectora, en entidades sometidas a supervisión administrativa; -disponer de forma fraudulenta de los bienes de la sociedad en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias del cargo).

5.5.3. No confusión del Consorcio con la entidad en liquidación

El artº 35.2, segundo inciso, de la Ley establece la no comunicación al Organismo Liquidador de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido la entidad o sus administradores, disponiendo que “*en ningún caso ni circunstancia, el Consorcio de Compensación de Seguros, sus órganos, representantes o apoderados serán considerados deudores ni responsables de las obligaciones y responsabilidades que incumban a la aseguradora cuya liquidación se le encomienda o a sus administradores*”.

Lo anterior significa, como ha señalado la doctrina, que la sustitución operada respecto a los órganos sociales de la entidad no identifica a ésta con el Organismo Liquidador ya que “nos encontramos ante dos personas jurídicas plenamente diferenciadas: por un lado la entidad aseguradora que, añadiendo a su denominación la expresión *en liquidación*, mantiene su existencia y personalidad jurídica propia hasta el momento de su definitiva extinción; y, por otro lado, [la del Consorcio] que con su propia personalidad jurídica como Entidad de Derecho Público asume no solo las funciones de liquidador de la entidad aseguradora en cuestión sino la de sus órganos sociales en tanto en cuanto subsista dicha entidad aseguradora”⁷²¹.

Son numerosas las resoluciones judiciales que han reconocido lo anteriormente expuesto⁷²², alguna de las cuales, referidas a la Comisión pero totalmente válidas y

⁷²⁰ Vid. al respecto MALDONADO MOLINA, Francisco Javier. “Estudio general previo...”, en . “*La CLEA. Su huella. Compendio de...*”. Op. cit. p. 25.

⁷²¹ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. p. 125.

⁷²² Vid . “*La CLEA. Su huella. Compendio de...*”. Op. cit. pp. 168 a 200.

aplicables al Consorcio, lo han declarado con tanta rotundidad como para establecer que “de esta manera y desde el mismo momento de su creación, por Ley, se establece claramente y sin lugar a dudas que la Comisión no puede asumir las obligaciones a cargo de las Entidades en que actúe como liquidador”⁷²³.

5.5.4. No obligación de solicitar la declaración de procesos concursales

El artº 35.3, primer inciso, de la Ley de Ordenación establece al respecto que “*en caso de insolvencia de la entidad aseguradora, el Consorcio de Compensación de Seguros no estará obligado a solicitar la declaración de suspensión de pagos ni la quiebra*”.

Lo dispuesto implica que el procedimiento de liquidación regulado por la Ley tiene prioridad sobre los procesos concursales, sin que le sea de aplicación el mandato del artº 281 de la Ley de Sociedades Anónimas que exige a los liquidadores que soliciten la declaración de suspensión de pagos o de la quiebra, en caso de insolvencia de la sociedad. Una vez comenzada la liquidación “las situaciones de iliquidez o de insolvencia que darían lugar a ejecuciones universales no hacen decaer el procedimiento liquidatorio sino que se engloban y reciben el correspondiente tratamiento dentro de él”⁷²⁴. Para garantizar tal finalidad la Ley en su artº 37.1, primer inciso, dispone que “*encomendada la liquidación al Consorcio, todos los acreedores estarán sujetos al procedimiento de liquidación por la misma y no podrá solicitarse por los acreedores ni por la entidad aseguradora la declaración de quiebra, ni presentarse ésta en suspensión de pagos*”, todo ello sin perjuicio de que las acciones ejercitadas ante los Tribunales contra la aseguradora, anteriores a la disolución o durante el período de liquidación, “*continúen su tramitación hasta la obtención de sentencia o resolución judicial firme*”.

5.5.5. Vencimiento anticipado de las deudas pendientes y suspensión del devengo de intereses

Este efecto de la liquidación por el Consorcio viene establecido por el artº 35.3, segundo inciso, cuando dispone que “*las deudas pendientes de la aseguradora*” “*se tendrán por **vencidas** a la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado de la resolución administrativa por la que se le encomiende la liquidación (...) y dejarán de devengar intereses todas las deudas de la aseguradora, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios, hasta donde alcance la respectiva garantía*”. También aclara el precepto que el vencimiento anticipado de las deudas se hará “*sin perjuicio del descuento correspondiente si el pago de las mismas se verificase antes del tiempo prefijado en la obligación*”.

Se ha estimado que las previsiones de este precepto son de aplicación tanto al caso de liquidación de entidades solventes como cuando son insolventes, dado que la regulación actual elimina esta distinción⁷²⁵.

⁷²³ Sentencia de 30 de enero de 1997, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en . “*La CLEA. Su huella. Compendio de...*”. Op. cit. p. 175

⁷²⁴ ANGULO RODRIGUEZ, Edmundo. “Liquidación de entidades...”. Op. cit. p.144.

⁷²⁵ ANGULO RODRIGUEZ, Edmundo. “Liquidación de entidades...”. Op. cit. pp.144 y 145.

El vencimiento anticipado de las deudas pendientes (con el descuento que pueda proceder para evitar que se beneficien determinados acreedores si cobran anticipadamente) es principio reconocido al regular la quiebra por el artº 883 del C. de Comercio y tiene como finalidad que todos los acreedores queden sometidos al procedimiento de liquidación para que sus créditos puedan ser satisfechos de acuerdo con el principio de la *par conditio creditorum* o “ley del dividendo”. También el cese en el devengo de intereses, con excepción de las deudas hipotecarias o pignoraticias, es regla general establecida por el artº 884 del C. de Comercio.

5.5.6. Cese de la Intervención del Estado en la liquidación

Frente a la exigencia de la regulación anterior a la Ley de Ordenación en que para que una entidad fuera liquidada por la Comisión Liquidadora se exigía que, en todo caso, la liquidación hubiera sido declarada intervenida por el Estado (artº 2º del R.D-Ley 10/1984 de creación de la Comisión), la actual regulación no solo no requiere que la liquidación esté intervenida para que el Organismo Liquidador pueda asumirla sino que, además, de existir ésta, el artº 35.4 de la Ley dispone que “*cesará la Intervención del Estado en el momento que la liquidación se encomiende al Consorcio de Compensación de Seguros*”.

5.6. Beneficios de la liquidación: medidas de mejora, anticipos y otros beneficios

Constituye este apartado, sin duda, una de las peculiaridades positivas más características del procedimiento de liquidación por el Consorcio que permite que, con cargo a recursos propios del mismo, los asegurados y los trabajadores puedan hacer efectivos sus créditos de manera más rápida y eficaz a la que correspondería si la liquidación no pudiera introducir este beneficio, ya que la cesión de los créditos al Consorcio se realiza con anterioridad a la aprobación del plan de liquidación y con base en la mejor valoración posible del patrimonio de la entidad disuelta el cual, además, queda intacto ya que la operación se efectúa con cargo a los fondos propios del Organismo Liquidador que serán financiados con el recargo que para tal fin recauda el mismo.

Como ha resaltado la doctrina, este mecanismo de medidas de mejora y anticipos es “un instrumento que la Ley pone a disposición [del Consorcio] que justificaría, por sí solo, la existencia de esta institución específica en materia de liquidación de entidades aseguradoras (...) la, sin duda, más importante de las medidas de protección del asegurado cuando una entidad aseguradora se encuentra en situación de insolvencia ya que la misma supera, con creces, la protección derivada del crédito singularmente privilegiado. A través del sistema de mejora los asegurados pueden percibir un importe notablemente superior de su crédito al que percibirían por el sistema de crédito singularmente privilegiado y, desde luego, y sin lugar a dudas, al que percibirían en una liquidación en que no existiera[el Consorcio]; lo anterior ha conducido, en la práctica, a que predomine para tales asegurados que, además –y esto si que es novedoso- [la Ley] extiende –aunque no en su cuantificación- a los anticipos de los créditos de los trabajadores”⁷²⁶.

⁷²⁶ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. p. 118.

Seguidamente pasamos a exponer los denominados por la Ley “beneficios de la liquidación”.

5.6.1. Cesión de créditos: medidas de mejora y anticipos

A. Medidas aplicables

El artº 36.1, primer párrafo, de la Ley de Ordenación dispone que, con la finalidad “*de mejorar y conseguir una más rápida satisfacción de los derechos*” de los destinatarios de la medida, el Consorcio, con cargo a sus recursos, “*podrá*” ofrecer a “*los asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados, incluidas las Administraciones Públicas que tengan tal condición...la adquisición por cesión de sus créditos, abonándoles las cantidades que les corresponderían en proporción al previsible haber líquido resultante*”.

No obstante el propio precepto en su último párrafo, establece que “*en ningún caso será de aplicación esta medida a los créditos a favor de las aseguradoras y del Consorcio de Compensación de Seguros*.”

Se trata de una cesión de crédito a la que son de aplicación los arts. 1526 a 1536 del C. Civil, que regulan la transmisión de créditos y demás derechos incorporales, según reconoce el artº 25 del R.D. 2020/1986 que aprobó el Reglamento de la Comisión Liquidadora. La oferta de compra de los créditos no es obligado que sea formulada por el Consorcio, y la posible cesión, como es lógico, es una decisión voluntariamente aceptada o no por los destinatarios de la medida, los cuales podrán no admitirla, en cuyo caso mantendrán la titularidad de sus créditos y quedarán a las resultas de la liquidación una vez aprobado el plan de la misma. Una vez realizada la cesión el Consorcio quedará subrogado en la posición jurídica de los cedentes frente a la entidad en liquidación.

Un tema relacionado con el expuesto es el de determinar si las normas que regulan estos beneficios de mejora están o no reconociendo un derecho subjetivo a favor de los beneficiarios. La respuesta debe ser negativa dado que la medida es una facultad que el Consorcio puede adoptar pero, como se ha dicho, no está obligado a ello⁷²⁷.

Para poder llevar a cabo la compra de los créditos el Consorcio debe previamente realizar una valoración del patrimonio de la entidad que le permita establecer la proporción existente entre el pasivo y el activo de la misma. Según el propio artº 36.1 de la Ley tal valoración se realizará “*a estos solos efectos*” teniendo en cuenta las siguientes normas:

1ª. Se incorporarán al activo la totalidad de los bienes y créditos, incluidos en su caso los intereses, en los que el consorcio pueda apreciar la titularidad de la aseguradora en liquidación, aunque sobre ellos estén pendientes o hayan de iniciarse actuaciones judiciales o extrajudiciales para su mantenimiento en el patrimonio de la entidad o reintegración al mismo.

⁷²⁷ Vid. al respecto MUÑOZ LOPEZ, Álvaro. “La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras”, en “*Comentarios a la liquidación...*”. Op. cit. p. 84, y MALDONADO MOLINA, Francisco Javier. “Estudio general previo...”, en . “*La CLEA. Su huella. Compendio de...*”. Op. cit. p. 43.

2ª. Las inversiones materiales y financieras se valorarán por la cuantía que resulte superior de las dos siguientes: el precio de adquisición más el importe de las mejoras efectuadas sobre las mismas, incrementados en las regularizaciones y actualizaciones legalmente posibles, o el valor de realización.

3ª. No se tendrá en cuenta el orden de prelación de créditos ni los gastos de liquidación anticipados por el Consorcio.

A la vista de lo anterior, y dado que el valor de los créditos ha de obtenerse “*en proporción al haber líquido resultante*”, debe procederse a la valoración del patrimonio de la entidad con la finalidad de establecer la referida proporción. Así, en la valoración del activo el Consorcio deberá actuar teniendo en cuenta dos criterios: uno, cualitativo, en función del cual ha de terminar qué bienes son susceptibles de ser incorporados a dicho activo analizando la titularidad de los mismos y teniendo, incluso, en cuenta aquellos en que la ostentación de dicha titularidad no sea jurídicamente pacífica por ser objeto de litigio tanto judicial como extrajudicial. Determinada la composición del activo deberá procederse a la valoración del mismo, para lo cual las inversiones materiales y financieras serán valoradas por la cuantía que resulte superior resultante de aplicar el valor de adquisición incrementado con las mejoras que se hayan producido en las inversiones, y el valor de realización o de enajenación. Por lo que se refiere a la valoración del activo la Ley establece que no se tendrá en cuenta el orden de prelación de créditos, lo cual implica la aplicación rigurosa del principio *par conditio creditorum*, evitando así que los créditos que pudieran tener preferencia sobre los de los asegurados se antepongan a éstos, reduciendo el activo resultante de la aplicación de las reglas antedichas.

Una vez valorados el activo y el pasivo se hallará la proporción entre ambos, dividiendo el valor del activo entre el del pasivo, y el coeficiente resultante se aplicará al importe total del crédito para establecer cual será el valor del mismo a efectos de la oferta de compra por parte del Consorcio.

Por último, conviene mencionar la previsión legal de que, a efectos de las medidas de mejora, en la valoración del patrimonio no se tengan en cuenta los gastos de liquidación, lo cual supone un reforzamiento de tales medidas. En general los gastos de liquidación, destinados a la más eficaz realización de la liquidación y a la conservación y defensa del patrimonio (pago de servicios y suministros, retribución de los liquidadores, costas procesales, abogados, peritos, etc), desempeñan un papel crucial en que las liquidaciones puedan llegar a feliz término, no siendo infrecuente que estos gastos y la dificultad para hacer frente a ellos generen retrasos importantes cuando no impidan de hecho las operaciones materiales de liquidación. Pues bien, cuando la liquidación es llevada a cabo por el Consorcio es éste el que se hace cargo anticipadamente de los mismos, convirtiéndose en acreedor de la entidad por este concepto, aunque la recuperación de su crédito queda condicionada a la satisfacción previa de todos los demás, lo que, en caso de insolvencia de la entidad hace que los demás acreedores no vean reducida la parte recuperable de sus créditos como consecuencia de la minoración del haber social resultante por imputación a éste de los gastos de liquidación.

Por lo que se refiere a los anticipos para hacer frente a los créditos de naturaleza laboral el artº 36.2 de la Ley dispone que *“asimismo, también con cargo a sus propios recursos, el Consorcio podrá satisfacer anticipadamente los créditos de los trabajadores derivados de salarios e indemnizaciones por despido comprendidos en el artículo 32 apartados 1 y 3, del Estatuto de los Trabajadores”*⁷²⁸, y, en su caso, *las indemnizaciones debidas a los mismos como consecuencia de la extinción de las relaciones laborales”*.

Este beneficio ha significado un reconocimiento por parte de la Ley de una práctica llevada a cabo en su día por la Comisión Liquidadora en uso de la libertad de pactos que le estaba legalmente reconocida, ya que los trabajadores que son, junto con los asegurados los más perjudicados por la crisis de una entidad, vendrían obligados a esperar al final de la liquidación para cobrar sus créditos, por aplicación del principio *par conditio creditorum* en un procedimiento en el que, además se suspende la ejecución de las sentencias para todos los acreedores. Por ello la Comisión, en su momento, adoptó el criterio de ofrecer la compra, con cargo a sus recursos propios, de dichos créditos laborales.⁷²⁹

B. Normas aplicables a las anteriores medidas

Primera. Ninguna de las dos medidas antes mencionadas puede suponer que el Consorcio asume las deudas de la entidad, ya que ambas se llevan a cabo con recursos propios del mismo y éste se subroga en la posición de los acreedores cedentes, ocupando su lugar en la liquidación como acreedora de la entidad. Por ello el artº 36.2, segundo párrafo, primer inciso, de la Ley establece que las dos medidas anteriores *“no supondrán, en ningún caso, asunción de las deudas de la entidad aseguradora en liquidación por parte del Consorcio de Compensación de Seguros”*.

Segunda. El crédito se adquiere en su totalidad, con independencia del importe pagado por él, subrogándose el Consorcio en la misma posición jurídica que ostentara el cedente, lo cual vienen establecido por el segundo inciso del precepto antes citado al disponer que *“la cesión de dichos créditos y estos anticipos, cualquiera que fuere la cantidad satisfecha, alcanzará el total importe de los mismos y en idéntico orden de preferencia que les corresponda”*. Por ello una vez cedido el crédito, con todas sus consecuencias jurídicas, no ha lugar a reclamación alguna por parte del cedente y el precepto dispone que *“sus titulares no podrán formular reclamación alguna por este concepto”*. Los acreedores por razón de pólizas o de créditos laborales que no hayan aceptado la oferta del Consorcio quedarán, conjuntamente con los demás, pendientes

⁷²⁸ Artículo 32. Garantías del salario.- 1. *Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.* 2. *Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.* 3. *Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la consideración de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo”*.

⁷²⁹ Vid BERMUDEZ MENESES, Concepción. “Introducción”. “Comentarios a la liquidación...”. Op. cit. pp. 13 y 14.

para la satisfacción de sus créditos de la aprobación del plan de liquidación, lo cual corrobora también el precepto indicado al establecer que *“tampoco podrán efectuar reclamación contra el Consorcio los titulares de estos créditos que optaren por no aceptar la oferta formulada por el Consorcio, quienes mantendrán la titularidad de sus créditos y deberán estar a las resultas de la liquidación”*.

5.6.2. Anticipo de créditos laborales con cargo a los recursos de la entidad y de créditos con garantía real.

En el caso de créditos laborales el supuesto se refiere únicamente a los que puedan corresponder por los salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo, créditos que pueden ser objeto también, como se indicó, de anticipo con cargo a recursos del Consorcio, pero que la Ley, también como novedad, autoriza a éste para que pueda hacerlo con cargo a recursos de la entidad situación que anteriormente era imposible de poner en práctica. Otro tanto ocurría con los créditos con garantía real. La admisión de tal posibilidad, que permite, si el patrimonio de la entidad es suficiente, la satisfacción de acreedores preferentes, viene admitida por el artº 36.3 de la Ley cuando dispone que el Consorcio *“podrá satisfacer anticipadamente, con cargo a los recursos de la entidad aseguradora en liquidación, los créditos de los trabajadores correspondientes a salarios de los últimos treinta días de trabajo, con la limitación del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores”*. También y *“en segundo término”*, ya que los créditos anteriores preceden en el orden de prelación, podrá anticipar *“los créditos de los acreedores con derecho real en los términos y por el orden establecidos en la legislación hipotecaria”*. Así mismo se establece que *“si no se alcanzase la satisfacción de dichos créditos, los acreedores referidos tendrán en la liquidación, al objeto de cobrar el importe no satisfecho, la preferencia que les corresponda según la naturaleza de su crédito”*.

5.6.3. Recuperación por el Consorcio de los gastos de liquidación anticipados

Como anteriormente quedó indicado el Consorcio puede anticipar los gastos de liquidación con cargo a sus recursos propios, lo cual lo sitúa como acreedor de la entidad por tal concepto, si bien, ante una posible situación de insolvencia de la entidad, la recuperación de tales anticipos solo la podrá llevar a cabo previa satisfacción total de los demás acreedores. Tal posibilidad viene reconocida por el artº 36.4 de la Ley el cual dispone que *“cuando la entidad aseguradora en liquidación se encuentre en situación de insolvencia, si la junta de acreedores aprueba el plan de liquidación, la recuperación por el Consorcio de los gastos de liquidación quedará condicionada a que sean totalmente satisfechos los demás reconocidos en la liquidación”*.

5.6.4. Supuestos de cobertura del Consorcio de Compensación de Seguros y de intervención del Fondo de Garantía Salarial.

Cuando existan acreedores de carácter asegurativo o laboral que tengan derecho a percibir parte de su crédito con cargo a las Instituciones referidas, las medidas mencionadas en las anteriores letras A y B (del apartado 5.6.1) solo podrán ser aplicadas a la parte del crédito que exceda del que corresponde abonar a dichas Instituciones. Tal supuesto se plantea, en el caso del Consorcio, únicamente cuando se trate de terceros perjudicados amparados por las coberturas otorgadas por dicho organismo de acuerdo con su normativa específica y en el caso del Fondo de Garantía

Salarial por los salarios e indemnizaciones que dicho organismo debe satisfacer según se establece en el artº 33 del Estatuto de los Trabajadores.

Así, el artº 36.5 de la Ley de Ordenación establece, respectivamente, que “*lo dispuesto en el número 1 de este artículo respecto de los créditos de los terceros perjudicados afectará únicamente, en los supuestos de cobertura por el Consorcio de Compensación de Seguros con arreglo a su Estatuto Legal, a la parte de dichos créditos que exceda de aquélla que corresponda abonar al Consorcio*”, y que “*lo dispuesto en los números 2 y 3 acerca de los créditos de los trabajadores afectará únicamente a la parte de dichos créditos que exceda de aquélla que corresponde abonar al Fondo de Garantía Salarial*”.

5.7 Procedimiento para la liquidación por el Consorcio

En primer lugar conviene señalar que el procedimiento de liquidación aplicable no se encuentra desvinculado de las normas generales previstas por la Ley para los liquidadores de entidades aseguradoras. Por ello, el artº 37 que regula dicho procedimiento se inicia declarando que “*el procedimiento de liquidación por la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras se ajustará a lo dispuesto en el artículo 27.3*”, con las peculiaridades que a continuación establece el propio precepto.

5.7.1. Inicio de la liquidación. Efectos

La apertura del procedimiento liquidatorio se realiza con la resolución administrativa encomendando al Consorcio la liquidación. Dicha resolución deberá ser notificada a la entidad y al propio Consorcio y publicada en el Boletín Oficial del Estado (artº 8 del Reglamento de la Comisión).

Seguidamente se procederá a la toma de posesión, mediante la solicitud a los administradores o liquidadores de la entidad del Inventario y el Balance de la misma cerrado al día en que comience la liquidación, que de no ser recibido o ser insuficiente conducirá a que el Consorcio confeccione un Inventario de los bienes y una relación de deudas, a la fecha indicada, con la información de la que disponga. (artº 20 del Reglamento indicado).

Seguidamente comentamos los requisitos y efectos que, según el artº 37 de la Ley, debe tener el procedimiento de liquidación que nos ocupa:

A. Imposibilidad de solicitar quiebra o suspensión de pagos

El artº 37.1 inicia la regulación del procedimiento estableciendo que “*encomendada la liquidación al Consorcio, todos los acreedores estarán sujetos al procedimiento de liquidación por la misma y no podrá solicitarse por los acreedores ni por la entidad aseguradora la declaración de quiebra, ni presentarse ésta en suspensión de pagos*”.

B. Suspensión de resoluciones judiciales y administrativas

A continuación dispone el citado precepto que lo anterior es “*sin perjuicio de que las acciones de toda índole ejercitadas ante los Tribunales contra dicha aseguradora, anteriores a la disolución o durante el período de liquidación, continúen su tramitación hasta la obtención de sentencia o resolución judicial firme. Pero la ejecución de la sentencia, de los embargos preventivos, administraciones judicialmente acordadas y demás medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial, la del auto despachando la ejecución en el procedimiento ejecutivo, los procedimientos judiciales sumarios y ejecutivos extrajudiciales sobre bienes hipotecados o pignorados, así como la ejecución de las providencias administrativas de apremio quedarán en suspenso desde la encomienda de la liquidación al Consorcio y durante la tramitación por ésta del procedimiento liquidatorio*”.

No obstante, el precepto establece las condiciones para que la suspensión sea levantada y, a tal efecto, señala que “*si el plan de liquidación formulado por el Consorcio no fuera aprobado en junta de acreedores o ratificado por la Dirección General de Seguros, quedará levantada la suspensión y expedito a los titulares de los derechos afectados por la suspensión el ejercicio de los mismos ante los Tribunales o por el procedimiento ejecutivo extrajudicial y a las Administraciones Públicas el de sus potestades para proseguir los correspondientes procedimientos administrativos de apremio. Los mismos efectos tendrán lugar respecto de las sentencias en el caso de que, transcurridos tres años desde la adquisición de firmeza, el plan de liquidación formulado por el Consorcio no fuera aprobado en junta de acreedores o ratificado por la Dirección General de Seguros.*

Las anteriores previsiones de la Ley respecto a la imposibilidad de que los acreedores insten la quiebra o la suspensión de pagos y la suspensión de las resoluciones judiciales o administrativas que afecten a los respectivos créditos, junto con la ya comentada de que el Consorcio tampoco está obligado a solicitar la declaración de dichos procesos concursales artº 35.3 de la Ley), constituyen la manifestación de que el procedimiento de liquidación que nos ocupa es un procedimiento regido por el principio de universalidad Procedimiento cuya regulación, como ha sido señalado, “supone por primera vez en nuestro Derecho, la existencia de un auténtico procedimiento de ejecución general, incluyendo dentro de su ámbito aquellos derechos que en los procesos concursales...tienen derecho de abstención (...) Llama la atención el alcance exhaustivo de la suspensión (así, afecta incluso a los procedimientos ejecutivos extrajudiciales) (...) y, en consecuencia, el sometimiento de cualesquiera créditos al orden de prelación de créditos (...) salvo en el supuesto que el plan de liquidación no fuese aprobado”⁷³⁰.

Como se indicó al comentar el mandato del artº 35.3 de la Ley, el procedimiento de liquidación del Consorcio tiene prioridad sobre los procesos concursales, sin que le sea de aplicación el mandato del artº 281 de la Ley de Sociedades Anónimas que exige a los liquidadores que soliciten la declaración de suspensión de pagos o de la quiebra, en caso de insolvencia de la sociedad. Una vez comenzada la liquidación por el Organismo Liquidador “las situaciones de iliquidez o de insolvencia que darían lugar a ejecuciones universales no hacen decaer el procedimiento liquidatorio sino que se engloban y reciben el correspondiente tratamiento dentro de él”⁷³¹.

⁷³⁰ ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. p. 115.

⁷³¹ ANGULO RODRIGUEZ, Edmundo. “Liquidación de entidades...”. Op. cit. p.144.

5.7.2. Liquidación encomendada después de la disolución de la entidad

Cuando la liquidación es encomendada al Consorcio después de la disolución de la entidad puede ocurrir que ésta haya ya procedido a nombrar liquidadores o que éstos no existan todavía, bien por no haber transcurrido todavía el plazo para su nombramiento, bien por no haber sido nombrados en dicho plazo, o si habiendo sido nombrados no reúnen los requisitos para el cargo. Para tal supuesto el artº 37.2 de la Ley dispone que *“cuando la liquidación de la entidad aseguradora sea encomendada al Consorcio con posterioridad a la disolución de dicha aseguradora, suscribirá o comprobará, según proceda, en unión de los administradores y liquidadores, de haber sido nombrados, el inventario y balance de la entidad en el plazo de un mes desde que haya asumido la liquidación, sin que deba someterlo a la Dirección General de Seguros ni al Interventor, ni estar sujeta a la obligación que impone el artículo 273 de la Ley de Sociedades Anónimas”*.

Estamos ante un supuesto en que la entidad está ya disuelta y en periodo de liquidación, y parte de éste, en mayor o menor medida, ha transcurrido fuera del ámbito de actuación del Consorcio. Ésta puede encontrarse con que existen o no liquidadores y, en este último caso con que ha sido o no confeccionado el Balance y el Inventario iniciales.

Así pues, si no existen liquidadores el Consorcio, por aplicación del artº 272.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, en su posición de liquidador de la entidad deberá proceder a suscribir en unión de los administradores dichos estados iniciales de cuentas. Si existen liquidadores pero no han sido elaborados el Inventario y el Balance iniciales, estos deberán ser suscritos por el Consorcio, conjuntamente con los Administradores y liquidadores. Si, por el contrario, el Inventario y el Balance iniciales ya han sido suscritos, con arreglo a la normativa vigente, por los liquidadores y los administradores, el Consorcio procederá a su comprobación conjuntamente con todos ellos, comprobación que de no ser suficiente estimamos que será de aplicación lo previsto en el artº 2º de su Reglamento el cual le habilita para confeccionar un Inventario de los bienes y una relación de deudas, a la fecha indicada, con la información de la que disponga.

El precepto estimamos que impone a los administradores un especial deber de colaboración, con independencia de que haya o no liquidadores, que refuerza la obligación de colaborar en la práctica de las operaciones de liquidación que les impone el artº 267.2 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por último conviene señalar que el Consorcio está obligado a someter el Balance y el Inventario a la aprobación de la Dirección General de Seguros ni al Interventor del Estado, en caso de que exista y tampoco estará obligada a los deberes de información a acreedores y socios que para los liquidadores impone el artº 273 de esta última Ley.

5.7.3. Deberes de información

El Consorcio debe cumplir con las obligaciones de información que tienen los liquidadores para con los acreedores conocidos y desconocidos, de acuerdo con lo establecido por el artº 27.3. c) de la Ley, obligación que incorpora, en su caso, la de

comunicar el vencimiento anticipado de las pólizas de seguro (artº 27.2.d, de la Ley), lo cual ya fue comentado con anterioridad, pero en tales comunicaciones debe dejar constancia de que ha asumido la liquidación de la entidad. Pues bien, a tales efectos, el inciso primero del artº 37.3 de la Ley dispone que *“en el cumplimiento del deber de información a los acreedores hará constancia expresa a la especial circunstancia de que la liquidación ha sido asumida por el Consorcio”*.

También establece dicho precepto, en su inciso segundo, que el Consorcio *“desde el momento en que tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o presuma la posibilidad de su existencia, lo comunicará al Fondo de Garantía Salarial, surtiendo tal comunicación los efectos de la citación a que se refiere el número 3 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores”*, el cual prevé que *“en los procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el Juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los apartados anteriores. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente”*.

5.7.4. Pago de créditos y asunción de los gastos de liquidación

El artº 37.4, primer inciso, de la Ley de Ordenación previene que *“hasta la ratificación por la Dirección General de Seguros del plan de liquidación el Consorcio no podrá hacer pago de sus créditos a los acreedores de la entidad aseguradora, salvo lo dispuesto en el artículo precedente”*, en referencia a los anticipos que puede realizar la Comisión con cargo a sus recursos propios.

La Ley impone, en principio, una taxativa prohibición de que el Organismo Liquidador pueda realizar el pago de ningún crédito (con las excepciones que cita) hasta que el plan de liquidación sea ratificado por la Dirección General de Seguros. No obstante un sector de la doctrina estima que no debe realizarse una interpretación excesivamente rigurosa del precepto, que lleve a anular lo previsto en el artº 27 del Reglamento de la Comisión Liquidadora, y que tenga como consecuencia que *“hasta la ratificación por la Dirección General de Seguros del plan de liquidación limite los posibles pagos a acreedores exclusivamente a las operaciones reguladas en el artº 36 (...) Tal interpretación impediría a la CLEA [hoy al Consorcio] ejercer la facultad de concertar transacciones cuando así convenga a los intereses sociales, facultad atribuida a todo liquidador por el artº 272.f), LSA. En último término, el carácter concursal del procedimiento de liquidación (...) no debe impedir la aplicación del mismo criterio que, tratándose de procedimientos judiciales de ejecución universal y aún antes de alcanzarse el correspondiente convenio, permite a los interventores de la suspensión de pagos la venta de bienes por mutua conveniencia de los interesados o por resultar la conservación imposible, perjudicial o costosa (...) o faculta al Juez para aprobar transacciones”*, en los casos de quiebra o concurso de acreedores⁷³².

El segundo inciso de este precepto establece que *“los gastos que sean precisos para la liquidación serán satisfechos con cargo a los propios recursos del Consorcio”*.

⁷³² ANGULO RODRIGUEZ, Edmundo. “Liquidación de entidades...”. Op. cit. pp.151 y 152.

Es éste uno de los caracteres más positivos y peculiares de este procedimiento de liquidación, que ya fue comentado al tratar el tema de las medidas de mejora que puede adoptar el Consorcio previstas por el artº 36.1 de la Ley, que cumple el doble efecto de no entorpecer las operaciones de liquidación ni condicionar la liquidación final, si la entidad incurre en insolvencia, ya que el Consorcio solo podrá recuperar lo anticipado si previamente han sido satisfechos todos los demás acreedores (artº 36.4 de la Ley).

No obstante cabe añadir por un lado que, como ha indicado la doctrina, “frente a la crónica escasez de recursos de las empresas sometidas a procedimientos judiciales de ejecución universal que con tanta frecuencia empantana la tramitación de los mismos, la atribución de la liquidación a la CLEA [hoy al Consorcio] pone al servicio del ágil desarrollo del procedimiento los recursos económicos enumerados en el artº 34”⁷³³ de la Ley de Ordenación, hoy artº 23. 3 del Estatuto del Consorcio, que no son otros que los recursos propios del Consorcio afectos a su función liquidatoria y, principalmente, el recargo establecido al efecto que ya fue objeto de comentario; y por otro lado que esta peculiaridad se establece por la Ley “beneficiando así al resto de los acreedores y facilitando que éstos aprueben el plan de liquidación, algo que contrasta con la condición de prededucibles que tienen las *deudas de la masa* en la quiebra, que son satisfechas al margen de la ley del dividendo”⁷³⁴.

5.7.5. Enajenación de inmuebles

Una de las principales actuaciones del Organismo Liquidador en el proceso de liquidación será la de proceder a la enajenación del activo de la entidad, ya que como establece el propio artº 37 en su nº 7, en el balance fina de la liquidación el activo debe estar representado en metálico (salvo alguna excepción que más adelante comentaremos). Pues bien, para el caso de los inmuebles la Ley de Ordenación exime al Consorcio del cumplimiento de la obligación impuesta a los liquidadores por el artº 272.d) de la Ley de sociedades Anónimas respecto a que dichos bienes sean enajenados en pública subasta.

Así, el artº 37.5 de la Ley dispone que “*la enajenación de los inmuebles de la entidad aseguradora en liquidación podrá tener lugar sin subasta pública y no precisará autorización de la Dirección General de Seguros*. En la regulación de la Ley se elimina el requisito de la aprobación por parte de la Dirección General de Seguros, que venía exigiéndose hasta su publicación lo cual, según ha sido señalado, pone de relieve “la confianza generada por los procedimientos empleados por la CLEA para verificar estas ventas, debiendo tenerse presente -además- la garantía que ofrece que estemos ante una entidad de naturaleza pública”⁷³⁵, procedimientos de venta “que garantizando la publicidad y concurrencia de ofertas, eliminaban los problemas de la subasta, procedimiento que, como es notorio ha dado lugar a una picaresca intolerable ante la jurisdicción civil ordinaria”⁷³⁶.

⁷³³ ANGULO RODRIGUEZ, Edmundo. “Liquidación de entidades...”. Op. cit. p.148.

⁷³⁴ MALDONADO MOLINA, Francisco Javier. “Estudio general previo...”. Op. cit. p. 41

⁷³⁵ MALDONADO MOLINA, Francisco Javier. “Estudio general previo...”. Op. cit. p. 45.

⁷³⁶ MUÑOZ LOPEZ, Álvaro. “La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras”, en “*Comentarios a la liquidación...*”. Op. cit. p. 104.

5.7.6. Plan de liquidación

A. Formulación

El plan de liquidación constituye, desde el punto de vista material, pieza fundamental para el éxito de la liquidación ya que si no fuese aprobado por la Junta de Acreedores el Consorcio podrá instar la declaración de quiebra voluntaria. Por ello el artº 37.6 de la Ley dispone que el Consorcio “*formulará el plan de liquidación en el plazo más breve posible*”.

Además dicho precepto establece un plazo para que el Consorcio ejecute, en caso de haberlas adoptado, las medidas de mejora a favor de asegurados y trabajadores y, a tales efectos dispone que “*antes del transcurso del plazo de nueve meses desde que haya asumido sus funciones liquidatorias deberá haber procedido a ejecutar las medidas previstas en el artículo 36, caso de haberlas adoptado*”; estableciendo, no obstante, la posibilidad de ampliar el plazo cuando prevé que “*sólo por causas justificadas, debidamente acreditadas ante la Dirección General de Seguros, podrá superar el mencionado plazo*”.

Se otorga, así, al Consorcio un plazo de nueve meses para que ejecute las medidas del artº 36, en el caso de que hayan sido adoptadas, pudiendo sobrepasarse el mismo si existen causas justificadas, que deben ser debidamente acreditadas ante la Dirección General de Seguros, la cual, aunque la Ley no lo diga expresamente, deberá resolver lo que estime oportuno autorizando y concretando, en su caso el nuevo plazo. La Ley, como hemos visto solo se refiere al supuesto en que una vez adoptadas las medidas por el consorcio haya transcurrido el plazo de nueve meses sin haberlas ejecutado, sin hacer ninguna mención al caso de que habiendo sido adoptadas hayan sido ejecutadas solo parcialmente o, incluso, cuando no habiendo sido acordadas transcurrido dicho plazo pueda considerarse posible y necesario la aplicación de las mismas. Pensamos que en estos casos nada debe impedir que pueda solicitarse la prórroga del plazo, en el primero de ellos, y la concesión de un plazo “*ex novo*”, en el segundo, si la causas son suficientemente justificadas a juicio de la Dirección General de Seguros.

La exigencia de este plazo ha sido criticada por la doctrina estimando que su establecimiento “*carece de sentido. La variedad de las posibles situaciones planteadas según el estado en que se encuentra las entidades sujetas a liquidación hace que, en algunos casos, este espacio de tiempo sea excesivamente largo y en otros muy corto. ¿Acaso cabe la posibilidad de que si la Dirección General de Seguros no prorroga dicho plazo, los asegurados dejarán de disfrutar tales beneficios?. No puede ser así ya que se trata de un plazo no preclusivo cuyo incumplimiento no puede llevar aparejada sanción de nulidad. En definitiva, es un precepto carente de significado práctico del que deberá hacerse una interpretación flexible, adecuada a la circunstancia de cada caso*”⁷³⁷.

No obstante, conviene indicar que las medidas del artº 36, si bien son de adopción potestativa por parte del Organismo Liquidatorio, constituyen uno de los pilares principales que dan sentido a este procedimiento de liquidación dado que al poder

⁷³⁷ MUÑOZ LOPEZ, Álvaro. “La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras”, en “Comentarios a la liquidación...”. Op. cit. p. 85.

adoptarlas con cargo a sus recursos propios, (principalmente procedentes del recargo recaudado por el Consorcio a las entidades pero pagado realmente por los tomadores de las pólizas), facilitan de manera decisiva la materialidad de la liquidación, y no solo en beneficio de los créditos procedentes de pólizas de seguro y de los trabajadores, sino también en el de los demás acreedores.

Además debe tenerse en cuenta que, como veremos más adelante, la información sobre la adopción de las indicadas medidas es una de los contenidos del plan de liquidación y que éste debe ser, en su momento ratificado por la Dirección General de Seguros, con lo cual es evidente que la demora injustificada en la ejecución de las medidas puede influir, al propio tiempo, en la demora en la presentación de dicho plan.

Por todo ello no parece que carezca del todo de sentido que se quiera poner algún tipo de control temporal en dicha ejecución que, por otra parte, teniendo en cuenta el carácter público del Consorcio y dada la razón de ser de las medidas éste será el primer interesado en su aplicación, de manera que si el plazo resulta más que suficiente no surgirá problema alguno y si fuera insuficiente será por razones que lo justifiquen en cuyo caso se podrá utilizar la facultad de la Dirección General de Seguros para ampliar dicho plazo, la cual estimamos que siempre aplicará sus facultades discrecionales en beneficio de la liquidación ordenada de la entidad de que se trate, en cumplimiento de alguna de sus obligaciones fundamentales relativas a la tutela de los derechos de los asegurados (arts. 1.1 de la Ley de Ordenación) y el funcionamiento ordenado del mercado de seguros (artº 70.1 de dicha Ley) en el cual debemos incluir, aunque pueda resultar doloroso, la necesidad de liquidaciones ordenadas, cuando éstas deban ser afrontadas.

B. Contenido del plan de liquidación

El artº 37.7, primer inciso, de la Ley establece que el plan de liquidación debe contener:

- *información sobre las medidas adoptadas con arreglo*” al artº 36.1,2 y 3, de la Ley.
- *el balance,*
- *la relación de socios,* si del balance se dedujera situación de solvencia y,
- *la propuesta de los importes a satisfacer* a acreedores y, en su caso, socios de la entidad, y, si ha lugar, de adjudicación de inmuebles y créditos litigiosos.

Como principio general la primera actuación material de los liquidadores consiste en la venta del activo social para su conversión en dinero metálico que pueda ser destinado a la satisfacción de los créditos de los acreedores. La enajenación de inmuebles ya fue comentada con anterioridad y por lo que se refiere a las demás posibles enajenaciones el Consorcio las llevará a efecto con el más pleno sometimiento al derecho privado, de acuerdo con lo previsto en el artº 1.1 de su Estatuto Legal. No obstante la necesaria conversión en metálico de los activos puede tener alguna excepción con el fin de evitar perjuicios al patrimonio de la entidad y a la rapidez de la liquidación. Por todo ello el tercer inciso del artº 37.7 , establece que *“el activo del balance deberá estar constituido en metálico, salvo que, tratándose de bienes inmuebles, no haya considerado procedente su enajenación y, tratándose de créditos,*

sean éstos litigiosos, de modo que sea presumible que esperar un pronunciamiento judicial firme retrasaría notablemente la liquidación”.

También debe contener el plan de liquidación la lista provisional de acreedores, la cual, según el tercer inciso del precepto mencionado, “*se formulará con arreglo al orden de prelación del Código de Comercio y por la cuantía que corresponda a cada uno de ellos*”, si bien dicho orden de prelación debe ser confeccionado “*respetando en todo caso los privilegios reconocidos a los créditos de la Hacienda Pública en el artículo 71 de la Ley General Tributaria y en el resto de la normativa vigente, a los créditos de la Seguridad Social en el artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social y a los créditos del Fondo de Garantía Salarial en el artículo 33.4 del Estatuto de los Trabajadores*”.

Del texto de la Ley se deduce que aunque el procedimiento de liquidación por la Comisión está impulsado por la aplicación del principio de la *par conditio creditorum*, dicha aplicación se realiza respetando las excepciones propias de nuestro Ordenamiento Jurídico, referentes a la Hacienda Pública, la Seguridad Social y el Fondo de Garantía Salarial, a los cuales hay que añadir, aunque el precepto no alude a ellos, los créditos singularmente privilegiados del artº 59 de la Ley de Ordenación, relativos a tomadores, asegurados, beneficiarios y perjudicados, y los del artº 32 del Estatuto de los Trabajadores por los salarios garantizados⁷³⁸.

Establece, además, el precepto que el plan de liquidación incorporará la relación de socios “*si del balance se desprendiese la solvencia de la entidad aseguradora*”.

Por último el último inciso del indicado artº 37.7 de la Ley dispone que el plan de liquidación contendrá la propuesta del importe a satisfacer a acreedores y socios, en su caso. A los acreedores “*con arreglo al activo y pasivo del balance y orden de prelación de créditos*”, y a los socios en “*caso de solvencia de la entidad*”. También deberá contener, si hubiere lugar a ello, la propuesta de “*adjudicación bienes inmuebles y de créditos litigiosos*”.

5.7.7. Junta general de acreedores

El régimen del procedimiento de la junta está inspirado en el de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, a la que se remitía expresamente el R.D.-Ley 10/1984 de creación de la Comisión, y en la cual se inspiraron las normas de procedimiento recogidas por el R.D. 2020/1986 que aprobó el Reglamento de la Comisión Liquidadora. La Ley de Ordenación se ha inclinado por incorporar una regulación bastante completa del procedimiento a seguir, incorporando a su articulado los elementos esenciales del procedimiento contenidos en el citado R.D. 2020/1986.

A. Convocatoria

Establece el artº 37.8 de la Ley que el Consorcio *convocará* la junta general de acreedores: simultáneamente a la formulación del plan de liquidación; con una antelación no inferior a un mes ni superior a dos; citando a los acreedores mediante

⁷³⁸ Vid al respecto ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de...”. Op. cit. p. 114.

notificación personal; y dando a la convocatoria la *publicidad* que, con arreglo a las circunstancias del caso, estime pertinente.

Seguidamente se dispone que los acreedores o sus representantes podrán *examinar el plan de liquidación* hasta el día señalado para la celebración de la junta, y que se podrá solicitar la *exclusión* o *inclusión* de créditos así como la *impugnación de la cuantía* de los incluidos hasta los quince días antes del señalado para la junta. La impugnación, en su caso, deberá efectuarse mediante escrito dirigido al Consorcio, o por comparecencia ante la misma, designando los documentos de la liquidación o presentando la documentación de que quiera valerse el solicitante en justificación de su derecho. Las reclamaciones serán resueltas por el Consorcio sin ulterior recurso, y sin perjuicio del derecho de los acreedores a impugnar el plan de liquidación, reconocido por el artº 37.11 de la Ley. Transcurrido el plazo para reclamaciones y, en su caso, resueltas las presentadas el Consorcio formulará la *lista definitiva de acreedores*.

B. Celebración de la junta general de acreedores

El artº 37.9 de la Ley dispone que la junta se celebrará en el día, hora y lugar señalados en la convocatoria, pudiendo continuar en los días consecutivos que resulten necesarios. Pueden concurrir a la misma todos los acreedores incluidos en la lista definitiva, personalmente o por medio de representante. La junta será presidida por un delegado del Consorcio.

La junta quedará legalmente constituida si los créditos de los concurrentes y representados suman, por lo menos, tres quintos del pasivo del deudor en primera convocatoria y “*cualquiera que fuere el número de los créditos concurrentes y representados en segunda convocatoria*”, debiendo mediar entre una y otra al menos veinticuatro horas. La posibilidad de esta segunda convocatoria, es una novedad de la Ley, que le diferencia del régimen de la suspensión de pagos, en el que si la junta no puede constituirse con el *quorum* inicial el Juez está obligado a declarar concluido legalmente el expediente.

Declarada legalmente constituida la junta por el representante del Consorcio, comenzará la sesión por la lectura del plan de liquidación y se procederá al debate y ulterior votación sobre el mismo. El plan de liquidación se entenderá aprobado, señala el precepto, “*siempre que voten a favor del mismo acreedores cuyos créditos importen más de la mitad del montante de los créditos presentes y representados*”, tanto en primera como en segunda convocatoria. Aprobado el plan quedarán obligados todos los acreedores por el mismo, “*sin que ninguno tenga derecho de abstención*” y “*será de aplicación a la Hacienda Pública acreedora lo dispuesto en el número 2 del artículo 39 de la Ley General Presupuestaria*”. El régimen de mayoría para adoptar el acuerdo se diferencia del establecido en la suspensión de pagos en que en ésta, además de la mayoría sobre el montante de los créditos, se exige que voten a favor la mitad más uno de los concurrentes a la junta. También en este último régimen se admite la abstención de los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios de acuerdo con el artº 913 del C. de Comercio, mientras que en el procedimiento de liquidación de la Comisión la Ley de Ordenación no admite ninguna abstención. Por lo que se refiere a los créditos de la Hacienda Pública el artº 39 de la Ley General Presupuestaria, aunque impide que la Hacienda Pública pueda transigir judicial ni

extrajudicialmente sobre sus derechos ni someterlos a arbitraje, salvo que se apruebe por Decreto, permite la posibilidad de que ésta pueda suscribir acuerdos o convenios en procedimientos concursales simplemente con la autorización del órgano del Ministerio de Hacienda que se designe al efecto.

Por último, si el plan resulta aprobado, el artº 37.9 de la Ley de Ordenación declara que se extinguirán los créditos en la parte que excedan de los importes reconocidos para ser satisfechos en dicho plan; si bien cuando se trate de créditos tributarios únicamente quedarán extinguidas las responsabilidades de la entidad aseguradora, subsistiendo en sus propios términos los créditos respecto de los restantes responsables tributarios.

5.7.8.. Falta de aprobación del plan de liquidación: Solicitud de quiebra

Como anteriormente se indicó, el Consorcio, como liquidador de la entidad no está sujeta a la obligación, impuesta a los liquidadores por el artº 281 de la Ley de sociedades Anónimas, de solicitar la quiebra si se detecta estado de insolvencia (artº 35.3 de la Ley) y el encargo de la liquidación al Consorcio tiene como efecto, por un lado, la imposibilidad de que los acreedores puedan instar la quiebra ni estos ni la entidad pueda solicitar la suspensión de pagos y, por otro, la suspensión de las resoluciones judiciales o administrativas relacionadas con las deudas de la entidad (artº 37.1 de la Ley). pero todo ello está lógicamente ligado a la realización del procedimiento liquidatorio especial que significa el previsto por la Ley de Ordenación.

Pues bien el artº 37.10 de la Ley establece que *“si el plan de liquidación no fuese aprobado en junta de acreedores, el Consorcio podrá solicitar la declaración judicial de quiebra”*.

Finalizado el plan de liquidación y no aprobado el mismo por la junta de acreedores queda levantada la suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales y administrativas y expedito el camino para que los acreedores soliciten la declaración de quiebra. También el Consorcio “podrá” solicitar la quiebra en este caso. No obstante cabe pensar que la interpretación que puede darse a este término no es la de que el Consorcio, según lo estime oportuno, decida solicitar o no solicitar la quiebra, dejando en este último supuesto en manos de los acreedores tal posibilidad. Pensamos que intentada la liquidación por el procedimiento especial de la Ley de Ordenación sin que haya sido aprobado el plan de liquidación por los acreedores, el Consorcio como liquidador de la Entidad estará obligado a acudir al proceso concursal general y a aplicar el referido precepto de la Ley de Sociedades Anónimas solicitando la quiebra de la entidad, para ocupar en él los puestos que la Ley de Ordenación le reserva en tales casos.

Además dispone el indicado artº 37.10, en su segundo inciso, que el Consorcio podrá formular la misma solicitud de quiebra voluntaria en cualquier momento del período de liquidación anterior a la junta de acreedores cuando estimase que, dadas las circunstancias concurrentes en la entidad aseguradora cuya liquidación tiene encomendada, sufrirían grave perjuicio los créditos de los acreedores si no tuviera lugar la declaración judicial de retroacción de la quiebra.

5.7.9. Impugnación judicial del plan de liquidación

El artº 37.11 de la Ley da a determinados acreedores la posibilidad de impugnar judicialmente el plan de liquidación estableciendo que “*dentro de los ocho días siguientes a la celebración de la junta, los acreedores que no hubiesen concurrido a ella o que, concurriendo, hubieran discordado del voto de la mayoría o que hubiesen sido eliminados por el Consorcio de la lista definitiva [de acreedores], podrán impugnar judicialmente el plan de liquidación*”.

El referido plazo de ocho días ha sido considerado por algunas resoluciones judiciales⁷³⁹ como plazo de caducidad y no de prescripción, con lo cual no puede ser interrumpido, y solo cabe durante el mismo ejercer la acción oportuna impugnándolo ante el órgano judicial correspondiente⁷⁴⁰.

Respecto a la tramitación de la referida impugnación, la Ley establece que la misma deberá seguir los trámites marcados para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil y únicamente podrá fundarse en las siguientes causas:

1º. Defectos en las formas prescritas para la convocatoria, celebración, deliberación y adopción de acuerdos de la junta de acreedores.

2º. Falta de personalidad o representación en alguno de los votantes, inclusión o exclusión indebida de créditos o figurar en la lista definitiva de acreedores con cantidad mayor o menor de la que se estimare justa, siempre que en cualquiera de estos casos la estimación de la pretensión influya decisivamente en la formación de la mayoría.

3º. Error de la Comisión en la estimación del activo o en la prelación de créditos.

En todo lo demás, la impugnación del plan de liquidación se ajustará a lo dispuesto en los párrafos segundo y tercero del artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos.

5.7.10. Ratificación del plan de liquidación por la Dirección General de Seguros

Dado que el procedimiento especial de liquidación que comentamos, arranca de un acuerdo de la Administración resulta lógico que la Ley establezca la supervisión del plan de liquidación por parte del Órgano de Control. Por ello el artº 37.12 de la Ley dispone que transcurrido el plazo para la impugnación del plan de liquidación sin que se hubiese formulado oposición, o una vez dictada sentencia firme que la resuelva, y ajustado, en su caso, el plan de liquidación a la misma, “*el Consorcio elevará el plan de liquidación a la Dirección General de Seguros, que dictará resolución ratificando el mismo*”.

⁷³⁹ Auto de 29 de marzo de 1996 del Juzgado de Primera Instancia nº 47 de los de Madrid. Dicho Auto fue recurrido y desestimado el recurso por Auto de 19 de septiembre de 1998 dictado por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, si bien este último no se pronuncia sobre si el plazo es de caducidad o prescripción dado que, a la vista de los hechos, en ambos casos hubiera tenido decaído su derecho la entidad recurrente. Ambos en “La CLEA. Su huella...”Op. cit. p. 342.

⁷⁴⁰ MALDONADO MOLINA, Francisco Javier. “Estudio general previo...”. Op. cit. p. 46

Respecto a la naturaleza de este acto administrativo un sector de la doctrina ha sostenido que se trata de un acto no recurrible por tratarse de un *acto condición* que solo ratifica el acuerdo de la junta de acreedores⁷⁴¹. No obstante otro sector de la doctrina estima que el acto sí es recurrible⁷⁴².

El último inciso del precepto antedicho establece que la ratificación del plan de liquidación por parte de la Dirección General de Seguros “*surtirá los efectos previstos para la resolución judicial en los números 6 y 7 del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, si del citado plan se deduce la insolvencia de la aseguradora*”, preceptos que, en síntesis, exigen que la resolución judicial que declare el estado de insolvencia sea dictada previo trámite de audiencia al Fondo de Garantía Salarial y que el derecho a solicitar del Fondo el pago de las prestaciones a su cargo prescribirá por el transcurso de un año a partir de la sentencia que reconoció el derecho al cobro de los salarios.

5.7.11. Ejecución del plan de liquidación y, en su caso, reparto y división del haber social entre los socios

Una vez ratificado el plan de liquidación por la Dirección General de Seguros debe procederse a su ejecución, a cuyos efectos el artº 37.13 de la Ley dispone que el Consorcio “*procederá al pago de los créditos en ejecución del plan de liquidación ratificado*”.

También establece dicho precepto, para el caso de que la entidad fuera solvente y quedara haber social disponible, una vez satisfechos todos los créditos, que el Consorcio “*procederá al reparto y división del haber social con arreglo a los estatutos y disposiciones específicas aplicables a la entidad aseguradora y, subsidiariamente, conforme a lo dispuesto en los artículos 276 y 277 de la Ley de Sociedades Anónimas*”, si bien establece la excepción de que la consignación en depósito de las cuotas no reclamadas tendrá lugar “*en el propio Consorcio*”, a disposición de sus legítimos dueños durante un plazo de cinco años, a cuyo transcurso sin haber sido reclamadas se ingresarán en el Tesoro Público, no siendo así de aplicación la previsión del artº 276.2 de la citada Ley que exige en tales casos la consignación en el Banco de España o en la Caja General de Depósitos.

5.7.12. Remanente y pago de créditos por sentencias firme notificada después de la aprobación del plan de liquidación

Los números 14 y 15 del artº 37 de la Ley prevén la posibilidad de que pueda quedar remanente como consecuencia del desfase temporal entre la aprobación en junta de acreedores del plan de liquidación y el efectivo pago de los créditos a los acreedores y, en su caso, la división del haber social entre los socios. En tal caso el remanente se incorporará al patrimonio del Consorcio, pero con la finalidad de que con cargo a dicho remanente se pueda dar satisfacción “*a los créditos reconocidos por sentencia firme notificada al acreedor en fecha posterior a la celebración de la junta de acreedores*”, aunque si el remanente no bastara, establece la Ley que el Consorcio deberá hacer frente

⁷⁴¹ MUÑOZ LOPEZ, Álvaro. “La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras”, en “Comentarios a la liquidación...”. Op. cit. p. 98.

⁷⁴² ANGULO RODRIGUEZ, Edmundo. “Liquidación de entidades...”. Op. cit. p.153.

a los mismos *“con sus propios recursos en los mismos términos que le hubieran correspondido de haber estado incluido en el plan de liquidación”*.

5.8 Anticipo de gastos de liquidación en caso de suspensión de pagos o quiebra, cuando exista falta de liquidez de la entidad, y satisfacción anticipada de créditos

La participación del Consorcio en los procesos concursales a que puedan verse sometidas las entidades de seguros no se limita a ocupar los cargos correspondientes a tenor de lo previsto por el artº 13 bis. 2 y 3 de su Estatuto Legal. Desempeña también una labor material determinada, orientada a facilitar la liquidación concursal, permitiéndole que pueda anticipar los gastos de liquidación y que pueda adoptar las medidas de mejora previstas por dicha Ley para los asegurados, beneficiarios y perjudicados

Por ello el artº 38 de la Ley establece que *“si la entidad aseguradora estuviese en suspensión de pagos o quiebra y careciere de la liquidez necesaria”* el Consorcio podrá anticipar los gastos que sean precisos, con cargo a sus propios recursos, al objeto del adecuado desarrollo del proceso concursal. No obstante, se establece una excepción ya que *“el pago de los derechos de procuradores y honorarios de letrados serán de cuenta de las partes que los designen, sin que proceda su anticipo por el Consorcio”*.

También dispone el segundo párrafo del artº 38.1 que en caso de que resultase aprobado el convenio con los acreedores *“la recuperación por el Consorcio de los gastos de liquidación quedará condicionada a que sean totalmente satisfechos los demás reconocidos en la liquidación”*, posibilidad ésta que traslada al proceso concursal común los beneficios que esta medida tiene en el procedimiento de liquidación del Consorcio

Por último, el artº 38.2 de la Ley dispone que *“será de aplicación en los procesos concursales lo dispuesto en el artículo 36.1”* de la Ley respecto de la posibilidad de aplicar, con cargo a los recursos de la comisión, las medidas de mejora previstas a favor de los asegurados con el fin de poder anticiparles los créditos que tuviesen contra la entidad. Importante previsión que, estimamos, puede ser adoptada con independencia de la liquidez que pueda tener la entidad ya que su admisión se encuentra reconocida en número independiente del artº 38, y que, al igual que la del anticipo de los gastos de liquidación, redundará en beneficio de una pronta satisfacción de los acreedores, especialmente de los que tengan su causa en pólizas de seguro

CONCLUSIONES

PRIMERA. La actividad asistencial y prestacional del Seguro Privado se encuentra legitimada y reconocida por la propia Constitución Española, cuando ésta en su artº 41 dispone que “ los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. *La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”.

Lo anterior implica el reconocimiento de dos regímenes asegurativos y prestacionales. Uno el de la Seguridad Social Obligatoria y otro el de la “asistencia y prestaciones complementarias” que, aunque no se diga expresamente, estimamos que corresponde a las coberturas garantizadas por el Seguro Privado. Regímenes que, no obstante su autonomía de actuación, mantienen una *relación de conexión* que nace tanto de lo previsto por el citado artº 41 de la Constitución, como por la posibilidad legal, prevista por la propia Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1995, de que puedan realizarse conciertos de colaboración entre Entidades Aseguradoras y Organismos de la Seguridad Social. Por ello ha podido decirse que “el Derecho del Seguro Privado y el Derecho de la Seguridad Social no son compartimentos estancos, sino que son conjuntos normativos bien diferenciados que, sin embargo y desde el punto de vista de sus funciones económicas, aparecen como *vasos comunicantes* puesto que es evidente que, a la vista de una exigencia de protección social dada, la parte no cubierta por la Seguridad Social pública podrá ser atendida por mecanismos típicos regulados en el Derecho del Seguro Privado”⁷⁴³.

El ámbito de prestaciones de la Seguridad Social ha sido desarrollado por la Ley General de la Seguridad Social, cuyo texto Refundido fue aprobado por el R. D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con cuya publicación queda delimitado substantivamente el sistema de la Seguridad Social Obligatoria, con lo cual las

⁷⁴³ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. “*Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*”, pp. 17 y 17. Cálamo. Barcelona 2001.

prestaciones y coberturas que complementen las garantizadas por dicho sistema y, con mayor motivo, las que no tengan relación con el mismo, podrán ser llevadas a cabo por el Seguro Privado, ámbito en el que deben ser incluidos los Fondos de Pensiones. La propia Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados establece que “*quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación*” de la misma “*el Régimen General y los Regímenes Especiales que integran el sistema de la Seguridad Social obligatoria*”.

SEGUNDA. Existe un evidente paralelismo entre los objetivos materiales de los principios rectores de la política social y económica, contenidos en la Constitución, y los habituales objetivos o campos de cobertura del Seguro Privado ya que éste, con independencia de su influencia en el desarrollo de la actividad económica, se proyecta sobre aquellas cosas o pertenencias que configuran el entorno material de la sociedad contemporánea y, especialmente, sobre las persona y las familias (vida, accidente, enfermedad, desempleo, salud, previsión social, etc.). Así, se ha podido decir que el Seguro Privado “*ha contribuido a fortalecer la posición del hombre ante la sociedad y los avances de la civilización, ha transformado profundamente con su difusión las bases de la responsabilidad civil en las relaciones interhumanas y con las cosas, y se ha anticipado a los poderes públicos en la cobertura de los riesgos e infortunios humanos a través de la técnica de la solidaridad mercantil y mecanicista, pero en última instancia solidaridad, y por ello merece ser considerado como una técnica de socialización al servicio del hombre*”⁷⁴⁴.

A la vista de lo anterior es posible concluir que si se examinan los principios rectores de la política social y económica contenidos en nuestra Constitución, puede observarse que un buen número de ellos son encuadrables bajo la técnica del Seguro Privado: protección a la familia y a la infancia (artº 39), formación profesional, seguridad e higiene en el trabajo, (artº 40), protección a la salud (artº 45), atención a los disminuidos físicos (artº 49), pensiones y servicios sociales a la tercera edad (artº 50), etc.⁷⁴⁵.

TERCERA. El Seguro Privado es uno de los sectores de la Economía en que más se deja sentir la intervención del Estado. Considerando los tres tipos de regulación en que puede clasificarse el intervencionismo del Estado (básica, administrativa y económica), la del Seguro Privado, al igual que las del crédito y los mercados de valores, corresponde al tipo de “regulación económica” y, dentro de los tres tipos de actividad de esta última, se trata de una actividad de las denominadas “reglamentadas” (siendo las otras dos categorías de actividad reglamentada la de “servicio público” y la de “nacionalización”).

La actividad aseguradora se desarrolla en el ámbito de un modelo de economía de mercado, bajo el principio de libertad de empresa, el cual viene formulado por el artº 38 de la Constitución cuando establece que: “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en*

⁷⁴⁴ BASSOLS COMA, Martín. “Los principios económicos de la Constitución y la ordenación del seguro privado”, en “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*”, Tomo I, p. p. 89 y 90. CUNEF. Madrid 1988.

⁷⁴⁵ BASSOLS COMA, Martín. “Los principios económicos de la Constitución y la ordenación del seguro privado”, en “*Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*”, Tomo I, p. p. 89 y 90. CUNEF. Madrid 1988.

su caso, de la planificación”. Principio éste, el de la libertad de empresa, cuyo contenido esencial vendría dado por la *libertad de creación* de empresas y de acceso al mercado; la *libertad de organización* (de elección de nombre, de emplazamiento, de forma de organización y de composición de los órganos de dirección); y por la *libertad de dirección* (de producción, de inversión, de política comercial, de precios, de competencia leal y de contratación)⁷⁴⁶.

No obstante, el propio precepto constitucional señala ciertos límites al ejercicio del citado derecho de libertad de empresa cuando señala que la garantía y protección del mismo se hará “*de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”.

La Ley de Ordenación vigente, al igual que la de 1984, expresa en su Exposición de Motivos como principios justificadores de su propia existencia, en primer lugar el “*interés público*” de la protección de los asegurados, interés que informa “*su misión tutelar* [la de la legislación ordenadora] *en favor de los asegurados y beneficiarios amparados por un contrato de seguro*”, y, en segundo lugar, la aplicación de los principios de *unidad de mercado* y los de *división y dispersión de los riesgos*, como garantía de que los análisis estadísticos de la actividad se puedan realizar sobre el mayor número de riesgos posibles, evitando la fragmentación de los mercados y la ineficiencia de los cálculos estadísticos. Principios, todos ellos, que imponen el modelo vigente de requisitos y condiciones de obligado cumplimiento necesarios para poder ejercer la actividad, con el fin de que las entidades aseguradoras puedan mantener el estado de solvencia adecuado que permita cumplir dicho objetivo de interés público y de utilidad social.

Pero además de la intervención genérica del Estado en la regulación y ejercicio de la actividad aseguradora, también en determinados supuestos existe la posibilidad de una intervención específica y concreta cerca de las entidades. Así, la Ley de Ordenación contempla dos situaciones en que las entidades pueden ser intervenidas por el Estado: bien en su liquidación (artº 27.2.a) o bien para garantizar el correcto cumplimiento de las medidas de control especial impuestas (artº 39.3). Tales supuestos de intervención directa tienen su cobertura constitucional en las previsiones del artº 128.2 de la constitución el cual dispone que “*mediante ley se podrá (...) acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*”, exigencia de interés general que estimamos suficientemente justificada con lo argumentos anteriormente expuestos referidos al “*interés público*” que radica en la defensa de los derechos de los asegurados.

CUARTA. La intervención del Estado en la actividad aseguradora y la supervisión de la misma tienen su justificación en dos objetivos fundamentales. En primer lugar, en la protección de los intereses de tomadores, asegurados, beneficiarios y, en su caso, terceros perjudicados, mediante normas y actuaciones tendentes a garantizar la solvencia de las entidades y, en segundo lugar, en los intereses generales de la Economía dada la importante influencia del sector, en tanto que con su *función indemnizatoria* garantiza el mantenimiento de la capacidad productiva de las unidades económicas y en tanto que con su *función de inversor institucional* financia la actividad económica de los demás sectores en que aquel realiza sus inversiones.

⁷⁴⁶ Vid. ARIÑO ORTIZ. G. “*Principios de derecho público económico*”. 2ª edición, pp. 219 a 221 y 229 a 232. Comares. Granada 2001.

QUINTA. Los contenidos de la supervisión o del control, términos que pueden considerarse equivalentes, están referidos tanto a la actividad aseguradora en general, considerada en su conjunto, como en particular a las entidades y demás sujetos incluidos en el ámbito subjetivo de la Ley de Ordenación.

El *control sobre la actividad* aseguradora en su conjunto se enuncia a la luz de tres principios que informan la actuación supervisora: el primero referente al mercado asegurador (fomento, desarrollo ordenado, transparencia y correcta aplicación de los principios técnicos de la actividad); el segundo relativo a utilización de medios técnicos electrónicos, informáticos y telemáticos (para el ejercicio de las competencias de ordenación y supervisión) y el tercero referido al procedimiento administrativo aplicable a la actuación administrativa. Dentro del control sobre la actividad deben incluirse las previsiones normativas referentes a la actuación de la Junta Consultiva de Seguros en tanto que órgano consultivo a tener en cuenta en la elaboración de normas que afecten a la actividad.

El *control sobre las entidades* aseguradoras se lleva a cabo a través de instrumentos diversos que adquieren su expresión en el *control financiero* (sobre bases técnicas y tarifas, provisiones técnicas y su inversión, y el margen de solvencia); el *control de medios técnicos* (sobre los medios materiales y personales habilitados en los ramos de prestación de servicios de “asistencia”); el *control de estatutos, pólizas, tarifas y bases técnicas* (mediante la pertinente aprobación en el caso de los estatutos o la posibilidad de prohibir la utilización de las pólizas, bases técnicas y tarifas de primas que no cumplan lo dispuesto en la normativa); el *control interno* (exigiendo a las entidades una adecuada organización administrativa y contable y unos suficientes procedimientos de control interno de su propia gestión); el *control de la publicidad* (cuya utilización infringiendo la normativa aplicable podrá ser objeto de petición de rectificación o cese por el órgano de control y, en su caso, ser objeto de las sanciones previstas), las *facultades de inspección* (correspondientes a la función de investigación y comprobación del Órgano de Control realiza sobre las personas físicas, jurídicas y grupos de sociedades sometidas a la legislación reguladora de los seguros privados, incluidos los fondos y planes de pensiones); y la creación de *registros administrativos obligatorios* (cuya finalidad principal es la de proporcionar un suficiente nivel de publicidad sobre la situación de las personas y entidades que intervienen en el sector).

SEXTA.- Desde el origen de la moderna regulación de la actividad aseguradora el fin principal de la misma viene dado por la protección de los intereses de los asegurados; protección cuya máxima expresión se manifiesta en el establecimiento de normas y requerimientos de solvencia tendentes a garantizar el pago de las indemnizaciones derivadas de las pólizas suscritas.

Normas y requerimientos de solvencia que, si bien han ido evolucionando y perfeccionándose a lo largo del tiempo y de las sucesivas modificaciones normativas, mantienen en todo caso dicha finalidad principal de garantía, ya sea con efectos directos e inmediatos sobre la finalidad de solvencia (ej.: la exigencia de bases técnicas y tarifas, capitales iniciales y de reservas o provisiones técnicas), ya sea con efectos indirectos o mediatos sobre dicha finalidad (ej.: exigencia de proporcionar información económico-contable al órgano de control y de formular balances y cuentas de resultados).

Dicha evolución puede sintetizarse como sigue:

1º.- La Ley de Seguros de 14 de mayo de 1908 ya puso de manifiesto tal finalidad de garantía al exigir: A) la constitución de *depósitos necesarios y capitales sociales mínimos* iniciales para poder operar (art. 2 de la ley); B) la necesidad de confeccionar anualmente una Memoria acompañada del *Balance y la Cuenta de Pérdidas y Ganancias*, que debía ser remitida a la Inspección de Seguros, publicada en la Gaceta de Madrid y puesta a disposición de los asegurados para que éstos la pudieran adquirir (art. 14 de la ley); C) la obligación de constituir e invertir adecuadamente las *reservas matemáticas, de riesgos en curso y de siniestros pendientes de liquidación o pago* cuyos correctos cálculo e inversión garantizan la disponibilidad económica para abonar las indemnizaciones que correspondan (arts. 16 a 20 de la Ley); y D) la necesidad de formular y presentar las *bases técnicas y tarifas* empleadas para sus operaciones, documentos estos fundamentales en la configuración técnica de la actividad aseguradora, para tratar de establecer las primas suficientes que el asegurador debe recaudar de su colectivo de asegurados para poder hacer frente a las indemnizaciones que dicho colectivo genere (artº 2 de la Ley).

2º.- Por su parte, también la Ley de Ordenación de los Seguros Privados de 16 de diciembre de 1954, que careció de desarrollo reglamentario, exigía: A) la constitución de *capitales sociales mínimos y de depósitos necesarios de inscripción* (arts. 6 y 7 de la Ley); B) la confección anual de Memoria, Balance y Cuenta de Pérdidas y Ganancias y su remisión a la Dirección General de Seguros (artº 18 y 19 de la Ley); C) la obligación de constituir e invertir las *reservas técnicas matemáticas, de riesgos en curso y de siniestros pendientes de liquidación o pago* (artº 21 de la Ley); y D) la necesidad de elaborar y presentar las *bases técnicas y tarifas* (artº 4 de la Ley).

A partir de la publicación de dicha Ley, y hasta la promulgación de la Ley de Ordenación de 1984, el régimen normativo de la solvencia de las entidades aseguradoras, en un proceso constante de perfeccionamiento y desarrollo, sufrió la siguiente evolución:

a) En relación con las *bases técnicas* a utilizar por las entidades aseguradoras su exigencia y configuración de contenidos experimentó un importante avance cualitativo con la publicación de la O.M. de 8-2-1961 que estableció el contenido de las mismas, ya que no obstante estar reconocida su exigencia en la Ley de 1908 y en la de 1954, no existía una regulación clara y suficiente de sus contenidos y fines por lo que, ante la falta de desarrollo reglamentario de la ley de 1954, se hizo necesaria la publicación de la mencionada Orden de 1961. La finalidad y el espíritu de la orden de 1961 se proyectaron, perfeccionados y ampliados, a la legislación posterior.

b) También el régimen de las *reservas técnicas* (hoy denominadas “provisiones técnicas”) experimentó un perfeccionamiento y mayor rigor en su formulación, especialmente en la relacionado con las condiciones para la inversión de las mismas, mejora y evolución que fue llevada a cabo por las siguientes normas: D. de 12-9-1970, O.M. de 24-5-1971, R.D. de 11-3-1977 (que modificó el de 1970), R. D. de 2-6-1978 y O. M. de 4-9-1978.

c) De especial importancia y significación en el desarrollo y perfeccionamiento de las normas que disciplinan la solvencia de las entidades aseguradoras es el establecimiento de la regulación del *Margen de Solvencia* por los RR. DD. de 2-3-1978 y de 15.10.82 (el cual introdujo también el Fondo de Garantía). Su incorporación al marco normativo de la solvencia significó un importante avance en este ámbito y un refuerzo de gran calado a la garantía de solvencia que incorporan la constitución y cobertura de las provisiones técnicas.

d) Así mismo el régimen normativo de la *contabilidad* de las entidades aseguradoras experimentó un decisivo avance con la publicación del primer plan de contabilidad sectorial por O. M. de 30-7-1981, norma que fue complementada por la O.M. de 21-9-1983 sobre documentación estadístico- contable la cual derogó la O.M. de 24 de diciembre de 1953 que seguía vigente.

3º.- La Ley de Ordenación del Seguro Privado de 2 de agosto de 1984, afianzando y ampliando la línea marcada por las reformas llevadas a cabo en los años anteriores a su publicación, produce una auténtica revolución en la concepción del régimen jurídico del control del Estado sobre la actividad aseguradora. Éste podría decirse que invierte su sentido, pasándose de un Sistema de Control Previo, que incidía en gran número de las situaciones que se presentan en la vida de la empresa y entorpeciendo la toma de decisiones de las entidades, a un Sistema de Control a Posteriori orientado principalmente a la situación financiera y estado de solvencia del asegurador y basado en la libertad y correspondiente responsabilidad en el ejercicio de la actividad. Dicha Ley tuvo su correspondiente desarrollo reglamentario con el R.D. de 1 de agosto de 1985.

La Ley de 1984 y su Reglamento exigían: A) la constitución de *capitales sociales y fondos mutuales mínimos* (artº 10 de la Ley), cuyas cuantías sufren un notorio incremento respecto a las exigidas por la normativa anterior; B) la confección anual de *Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias* y el Anexo y su remisión a la Dirección General de Seguros junto con el resto de la documentación estadístico contable (artº 22.1 de la Ley y 43.2 y 44.5 del Reglamento); C) la obligación de constituir e invertir las *provisiones técnicas matemáticas, de riesgos en curso y de siniestros pendientes de declaración* (que constituyen una importante novedad respecto al régimen anterior), *liquidación o pago, de desviación de siniestralidad y para primas pendientes de cobro* (arts. 24 de la Ley y 55 a 75 del Reglamento); D) la necesidad de elaborar las *bases técnicas y tarifas* y las normas que deben respetarse para su elaboración (arts. 23.4 de la Ley y 51 a 54 del Reglamento); E) establecimiento del *Margen de Solvencia* y del Fondo de Garantía.

Con posterioridad a la promulgación de la Ley de 1984, en lo que al marco normativo de la solvencia se refiere, son de destacar por un lado la ampliación de las cuantías mínimas de los capitales sociales y los fondos mutuales llevada a cabo por el R. D. de 18 de noviembre de 1988 y, por otro, la importante novedad tanto de exigir el margen de solvencia consolidado como la posibilidad de incluir a los grupos de sociedades en algunas de las situaciones susceptibles de imponer medidas cautelares (hoy denominadas medidas de control especial) y de que las sociedades responsables de grupos consolidables pudieran incurrir en las infracciones previstas por la Ley para las entidades individualmente consideradas. Tales reformas fueron llevadas a cabo por la

Ley de 1 de junio de 1992, de recursos propios y supervisión en base consolidada, que modificó los artículos 22 (Control de la administración del Estado), 25 (Margen de solvencia y fondo de garantía), 42 (Medidas cautelares) y 43 (Infracciones administrativas) de la Ley de Seguros de 1984, con la finalidad de adaptar sus disposiciones a los grupos de sociedades que tenían la obligación de consolidar sus estados contables. La referida Ley de 1992 fue desarrollada por el R. D. de 6 de noviembre de 1992.

4º.- La vigente Ley de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados de 8 de noviembre de 1995, y su Reglamento de desarrollo aprobado por R.D. de 20 de noviembre de 1998, consolidan el modelo de control y supervisión implantado por la Ley de 1984 y su Reglamento de 1985.

La Ley de 1995 y su Reglamento exigen: A) la constitución de *capitales sociales y fondos mutuales mínimos* (artº 13 de la Ley), cuyas cuantías sufren también un importantísimo incremento respecto a las exigidas por la ley anterior; B) la confección anual de las *Cuentas Anuales* (Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias, y Memoria), el *Informe de Gestión*, y, en su caso, los *Informes general y Complementario de Auditoría* y su remisión a la Dirección General de Seguros junto con el resto de la documentación estadístico contable (arts. 20.1 de la Ley y 66 del Reglamento); C) la obligación de constituir e invertir las *provisiones técnicas de primas no consumidas; de riesgos en curso; de seguros de vida* (matemáticas o de primas no consumidas y de riesgos en curso, según proceda); *de participación en beneficios y para extornos; de prestaciones pendientes* (de pago, de liquidación o de declaración); *de gastos internos de liquidación de siniestros; de prestaciones en riesgos de manifestación diferida; de estabilización* (antes de desviación de siniestralidad); *de seguros de decesos; de seguros de enfermedad; y de desviaciones en las operaciones de capitalización por sorteo* (arts. 16 de la Ley y 29 a 57 del Reglamento); D) la necesidad de elaborar las *bases técnicas y tarifas* y las normas que deben respetarse para su elaboración (arts. 23.4 de la Ley y 76 a 80 del Reglamento); E) establecimiento del *Margen de Solvencia* y del Fondo de Garantía (arts. 17 y 18 de la ley y 58 a 63 del Reglamento).

Con posterioridad a la publicación de la Ley de 1995, en el ámbito que nos ocupa, son de destacar las reformas introducidas por el R.D. de 26 de diciembre de 1997 que aprueba el nuevo Plan de Contabilidad de Entidades Aseguradoras, y el R.D. de 2 de junio de 2000 que modifica determinados preceptos del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras para adaptarlos a la Directiva 98/78/CE de 26 de diciembre, relativa a la supervisión adicional de las empresas de seguros que formen parte de un grupo de seguros, supervisión adicional que se orienta, fundamentalmente, hacia la comprobación del estado de solvencia del grupo de sociedades y de la incidencia que en la solvencia de las entidades supervisadas tienen sus sociedades participantes y vinculadas. A tales efectos, además, se establece un margen de solvencia teórico o nocional para las entidades exclusivamente reaseguradoras las cuales son incluidas en el cálculo, bien como dominantes bien como dependientes, únicamente a los efectos de determinar el patrimonio propio no comprometido del grupo consolidable.

SEPTIMA. El *marco normativo de la solvencia*, está compuesto tanto por normas que regulan lo que podemos considerar como el *contenido inmediato o material* de la misma, como por normas que regulan su *contenido mediato o instrumental*. Ambos tipos de normas se complementan en aras de conseguir el fin principal que las justifica que no es otro que la solvencia de las entidades.

El *contenido inmediato o material* de la solvencia, que puede considerarse como el núcleo básico de la regulación, se configura como el conjunto de condiciones y exigencias técnicas, económicas y materiales necesarias para que las entidades puedan conseguir y mantener el estado de solvencia requerido (garantías financieras previas, régimen de las bases técnicas, de las provisiones técnicas y del margen de solvencia). En esta parte del marco normativo de la solvencia se ubica el denominado *control financiero*.

El *contenido mediato o instrumental* de la solvencia, viene delimitado por un conjunto de normas que imponen requisitos que resultan indispensables para poder verificar y poner de manifiesto si se cumplen o no con las normas materiales reguladoras de la solvencia (autorización administrativa, garantías no financieras tales como los deberes de contabilidad, de consolidación de estados contables y auditoría externa, la obligación de proporcionar información económica al órgano de control, las facultades de inspección del mismo y la publicidad registral administrativa, etc.), contenido mediato en el que se incluyen también las denominadas medidas de control especial, dado el carácter preventivo de las mismas para tratar de corregir situaciones de crisis y a la vista bien del contenido económico financiero que directamente poseen muchas de ellas (ej.: los planes de saneamiento, financiación y rehabilitación), o bien de la expresa finalidad de comprobar el adecuado cumplimiento de las medidas de control especial impuestas, mediante la intervención administrativa de las entidades.

OCTAVA.- Estimamos que en el concepto de *control financiero* debe incluirse no solo el relativo a la provisiones técnicas y al margen de solvencia, sino también el referido a la adecuación de las bases técnicas y tarifas a las exigencias establecidas por la normativa.

Y ello debido a que el correcto cálculo, constitución e inversión de las provisiones técnicas se basa en el también correcto cálculo de las tarifas de primas y de las bases técnicas en las que las tarifas se fundamentan, y que también el planteamiento del margen de solvencia se basa, en principio, en la corrección de las provisiones técnicas. Si las primas son insuficientes, las provisiones técnicas también lo serán y, en consecuencia, la garantía de solvencia que las mismas representan será inferior a la necesaria. Así pues, cabe considerar que el primer eslabón de la solvencia del ente asegurador pasa por un adecuado cálculo de las primas, basado en una correcta aplicación de los principios y exigencias de la técnica actuarial exigidos por la normativa y, por ello, debe quedar explícita su inclusión dentro del denominado control financiero, aunque la Ley de Ordenación en su artº 71 no lo cite expresamente.

NOVENA.- Las exigencias de cobertura permanente de las provisiones técnicas y de disponer en todo momento del margen de solvencia deben ser interpretadas en el sentido de que tales exigencias han de ser cumplidas de manera ininterrumpida a lo largo del ejercicio económico, y que no será suficiente justificar tal cumplimiento únicamente a la

fecha en que se formulen los balances anuales, trimestrales o cualesquiera otros que puedan ser necesarios, derivados de operaciones voluntarias de la entidad o a requerimiento de las autoridades competentes. La obligación de disponer de la adecuada cobertura de las provisiones técnicas y del margen de solvencia es un “continuum”, al igual que lo son el montante de obligaciones que la cobertura pretende garantizar, en el caso de las provisiones técnicas, y el flujo de circunstancias variables que pueden perjudicar la solvencia del asegurador.

DÉCIMA.- Dado que la obligación de cobertura de las provisiones técnicas y de mantenimiento del margen de solvencia es permanente, resulta necesario arbitrar medios de control internos, también permanentes, para que el conocimiento del estado de cobertura de las provisiones técnicas y la situación del margen de solvencia no quede relegado a las fechas de cierre de los estados contables anual o trimestrales.

A ello creemos que obliga lo prevenido en el artº 71.3 de la Ley cuando dispone que el Ministerio de Economía “*exigirá que las entidades aseguradoras sometidas a su control dispongan de una buena organización administrativa y contable y de procedimientos de control interno adecuados*”, mandato legal que ha sido cumplido por el artº 110 del Reglamento el cual bajo la rúbrica “control interno de las entidades aseguradoras” establece en su nº 1 que las entidades aseguradoras “deberán establecer procedimientos de control interno adecuados a su organización y disponer de la información suficiente para que la dirección de la entidad pueda tener un *conocimiento actualizado* sobre la *evolución de su actividad*, el funcionamiento de sus departamentos y redes de distribución, y el *comportamiento de las magnitudes económico-actuariales básicas* de su negocio”. Pensamos que es perfectamente aplicable a la cobertura permanente de las provisiones esa exigencia impuesta a la dirección de las entidades referida al conocimiento actualizado de la evolución de la actividad de la entidad y de sus magnitudes económico-actuariales básicas.

Lo ideal sería que el procedimiento de control que se establezca pudiera garantizar un control diario del estado de cobertura pero, siendo conscientes de la complejidad que tal objetivo puede entrañar, debería ser capaz de proporcionar la información suficiente al menos cada quince días. Lo que sí está claro es que el conocimiento “actualizado” del que, según la normativa, debe disponer la dirección de la entidad, ligado a la exigencia de que la cobertura de las provisiones técnicas sea “permanente” y “en todo momento”, no queda suficientemente satisfecho con la mera comprobación de la situación en cuatro fechas al año⁷⁴⁷

Por ello estimamos que la obligación de mantenimiento y cobertura permanentes de las provisiones técnicas y del margen de solvencia, impuesta por la Ley y el Reglamento, puede tener un instrumento de gran utilidad para su cumplimiento en los registros contables de “inversiones”, “cálculo de provisiones técnicas y de margen de solvencia” y de “estado de cobertura de provisiones técnicas”. Especialmente los dos primeros pueden facilitar los datos fundamentales referentes al importe de las provisiones y al valor de las inversiones afectas a la cobertura de aquellas. No se nos oculta la dificultad material que entraña el diseño de un sistema de control interno de gestión que pueda dar satisfacción a la exigencia legal de mantener “en todo momento” la cobertura de las provisiones técnicas,

⁷⁴⁷ Estados contables trimestrales de 31 de marzo, 30 de junio, 30 de septiembre y 31 de diciembre; y estados anuales a 31 de diciembre.

pero creemos que la respuesta para garantizar la obligación legal puede venir mediante el establecimiento de un sistema de control interno de gestión contable y patrimonial que, soportado en los adecuados programas informáticos y conectado con los registros contables antes indicados, garantice que la entidad pueda estar permanentemente en situación de conocer el volumen de sus provisiones técnicas y el de las inversiones afectas a las mismas para determinar si se cumple o no con la exigencia legal.

Un sistema como el descrito sería complementario de la obligación impuesta por el artº 66.2 del Reglamento el cual, después de establecer que el ejercicio económico de las entidades de seguros coincidirá con el año natural, dispone que éstas *“deberán elaborar, al menos trimestralmente, un balance, las cuentas técnicas y no técnicas de resultados, un estado de cobertura de provisiones técnicas y un estado de margen de solvencia”*. También en este caso el periodo trimestral es un mínimo que no impide formular el balance y los demás estados antes referidos con periodicidad menor a la indicada.

UNDÉCIMA.- A los grupos consolidables les es exigible la cobertura permanente no solo del margen de solvencia sino también la de las provisiones técnicas, aunque por lo que se refiere a estas últimas no se establezca expresamente en la normativa.

No hace el Reglamento referencia alguna a si la obligación de cobertura consolidada, prevista en su artº 56, ha de ser exigida *“en todo momento”*. Tal exigencia se establece para las entidades, individualmente consideradas, en el artº 16.1 de la Ley y en el artº 49.3 del Reglamento, pero ninguna de las dos normas hace referencia expresa al carácter permanente de dicha obligación por parte de los grupos consolidables. En cambio cuando se trata del margen de solvencia tanto la ley como el Reglamento sí exigen dicho carácter de permanencia en el caso de los grupos consolidables (artº 17.3 de la Ley y artº 58.2 del Reglamento), al igual que para las entidades individuales (artº 17.1 de la Ley y artº 58.1 del Reglamento).

La necesidad de constituir las provisiones técnicas y de mantener el margen de solvencia representan la máxima expresión de las obligaciones impuestas a las entidades aseguradoras (tendientes a garantizar sus obligaciones con los asegurados y poder así dar cumplimiento a la finalidad de tutela de los derechos de estos que declara la Ley en su artº 1.1), y ambas exigencias deben ser incluidas entre las *“obligaciones”* a que hace referencia el artº 20.2 de la Ley el cual impone a las entidades aseguradoras la obligación de consolidar sus estados contables con el fin de garantizar *“el cumplimiento del margen de solvencia y, en su caso, de las demás limitaciones y obligaciones previstas en la presente Ley”*.

El que dicho precepto cite expresamente el margen de solvencia pero no la cobertura de las provisiones técnicas no debe ser obstáculo para incluir a esta última entre las indicadas *“limitaciones y obligaciones”* previstas en la Ley, y dado que a las entidades individualmente consideradas dicha obligación de cobertura se les exige *“en todo momento”* (artº 16.1 de la Ley) y *“de forma permanente”* (artº 49.3 del Reglamento) parece lógico aplicar el mismo criterio a tal exigencia de cobertura en el caso de grupos consolidables. No tendría mucho sentido exigir a estos últimos el margen de solvencia y la cobertura de provisiones, al igual que a las entidades, para después solo obligar a que el cumplimiento de tales obligaciones únicamente tenga

carácter permanente en el caso del margen de solvencia y no en el de la cobertura de provisiones. Las razones que justifican la aplicación en ambos casos del criterio de permanencia a las entidades, son las mismas que deben regir para su aplicación a los grupos consolidables: fundamentalmente que la garantía de los derechos de los asegurados debe mantenerse en todo momento y no solo a una fecha determinada. Nos remitimos a lo manifestado anteriormente al respecto al comentar con carácter general el requisito de permanencia de la cobertura en las provisiones técnicas.

DUODÉCIMA.- Se deberían extender las exigencias de supervisión y de solvencia a la totalidad del Sistema Asegurador, incluyendo en las mismas el nivel de garantía del reaseguro profesional.

Si se considera al *Sistema Asegurador* como un conjunto único cuya finalidad es la de garantizar, a tomadores, asegurados y beneficiarios, el cumplimiento de las obligaciones asumidas en las pólizas por el asegurador directo, y que dicho Sistema cumple con su función mediante la instrumentación de *dos niveles de garantía*: el *seguro directo* y el *reaseguro*. Ambos niveles de protección actúan de manera coordinada para tratar de alcanzar la indicada finalidad y, por ello, parece lógico que los criterios de supervisión y de solvencia exigibles lo sean a la totalidad del Sistema Asegurador que es el que, considerado en su conjunto, tiene la obligación de proteger y garantizar técnica y económicamente los intereses de los asegurados, aunque ante éstos desde el punto de vista jurídico el obligado principal sea el asegurador directo y el reasegurador tenga un papel secundario.

En principio, podría pensarse que la máxima garantía para los asegurados está en exigir al asegurador directo niveles de solvencia capaces de hacer frente al cien por cien de los compromisos adquiridos con sus asegurados, sin tener en cuenta las cesiones al reaseguro y operando como si éste no existiera. Pero tal planteamiento, aplicado sin concesiones, implica hacer recaer económicamente sobre uno de los niveles del Sistema Asegurador, el del seguro directo, la totalidad de las exigencias de solvencia que realmente corresponden al conjunto, dejando al otro de los niveles del Sistema, el reasegurador, fuera del marco de tales exigencias, con lo cual el asegurador directo debe responder de garantías que desde un punto de vista técnico-económico son función y compromiso de la otra parte del Sistema.

Por ello, si se aborda el asunto como petición de principio, lo lógico sería extender las exigencias de supervisión y de solvencia a la totalidad del Sistema Asegurador, incluyendo en las mismas el nivel de garantía del reaseguro profesional.

Es cierto que, hoy por hoy, podrían seguir siendo válidos los argumentos anteriormente expuestos justificativos de que a las entidades reaseguradoras no se les apliquen los requerimientos de supervisión y de solvencia que son exigibles a las entidades de seguro directo, a las que, por cierto, sí se les aplican dichos requerimientos en sus operaciones de reaseguro aceptado, aunque de tales operaciones serían predicables los mismos argumentos aplicables a las reaseguradoras puras. Pero también es cierto que las razones antes apuntadas justifican suficientemente la aplicación al Reaseguro profesional, con las especialidades que sean menester, de unos requerimientos de supervisión y de solvencia suficientes para que la finalidad garante de

la totalidad del Sistema Asegurador pueda ser abordada en su conjunto y de manera coordinada.

Las dificultades no son pocas, y para ello tendrán que ser revisadas las normas aplicables en diversos campos tales como las contables, las de supervisión y control, etc, con el fin de generalizarlas y armonizarlas, pero a medida que avancen los procesos de integración y colaboración supranacionales e internacionales se irá imponiendo esta perspectiva. Muestra de ello es que en el seno de la Unión Europea la Comisión está llevando a cabo estudios para desarrollar un marco jurídico comunitario común tendente a la supervisión del reaseguro a cuyos efectos está previsto la confección de una Directiva específica sobre el tema el cual, además, podría ser objeto de análisis en el ámbito del proyecto “Solvencia II” anteriormente comentado.

DECIMOTERCERA. La influencia de la normativa comunitaria europea comienza a dejarse sentir en la legislación española reguladora de la supervisión del seguro privado aún antes de la entrada de España en la Comunidad Económica Europea el 1 de enero de 1986.

Por ello al analizar la evolución histórica de dicha legislación hemos distinguido entre una etapa “precomunitaria” (desde 1978 a 1985) y otra “comunitaria” desde 1986 hasta nuestros días).

La etapa “precomunitaria” puede dividirse en dos periodos: el que comprende hasta la publicación de la ley de 1984 y el que se inicia con la promulgación de la misma. Su característica principal viene dada por la recepción que el derecho comunitario europeo de seguros va teniendo en la normativa española, recepción que es más significativa todavía en el primer periodo de esta etapa (hasta la Ley de 1984) en el que aún se encontraba en vigor la ley de 1954.

Durante este periodo, hasta la promulgación de la ley de 1984, se llevó a cabo una intensa labor normativa que, aún con el lastre que suponía la literalidad de la ley de 1954, modernizó de manera notable el régimen jurídico del seguro privado español, introduciendo reformas que empezaron a tener en consideración la normativa europea y comenzaron a eliminar las rigideces y trabas administrativas propias de un sistema de control “a priori” que arranca de la ley de 1908 y que la de 1954, en gran medida, no pudo corregir. En este periodo se comenzó a instaurar el modelo de control “a posteriori” más orientado a garantizar la solvencia de las entidades, finalidad esta que si bien desde el nacimiento de las legislaciones específicas para el sector asegurador es razón de ser y causa principal de la existencia de las mismas, cobra un especialísimo énfasis en este modelo de concepción del control. La Ley de 1984 culminó este proceso de actualización.

Pueden señalarse en esta etapa “precomunitaria” las siguientes novedades, en cuyo desarrollo influyó la normativa europea:

1ª. Una de las innovaciones más importantes de esta etapa la constituye la normativa sobre *margen de solvencia*, regulada sucesivamente por los RR.DD. de 2 de marzo de 1978 y 15 de octubre de 1982 que constituyó la primera manifestación de adaptación del derecho del seguro privado español a la normativa emanada de la

Comunidad Económica Europea, en la cual la regulación de esta materia se inició con las Directivas 73/239/CEE de 24 de julio sobre seguros distintos al de vida y 79/267/CEE de 5 de marzo sobre el seguro de vida.

2ª. Otro tema que merece especial mención en la etapa que comentamos es el proceso de *liberalización en el sistema de autorización previa* a que estaban sometidas las modificaciones introducidas en *pólizas, bases técnicas y tarifas* en aquellos ramos que las entidades ya tenían autorización para operar.

La reforma supuso la sustitución del viejo sistema de autorización previa por el que se conoció como de “simple presentación”, al exonerar de aquella obligación a las pólizas, bases técnicas y tarifas que fueran modificadas por la cobertura de nuevos riesgos o modalidades o por otras causas, siempre que se tratara de ramos en que así lo hubiese acordado el Ministro de Hacienda y que las entidades ya tuvieran autorizados.

Las normas que llevaron a efecto dicho proceso liberalizador fueron el R.D. de 10-5-1979 (que reformó el artº 27 del entonces vigente Reglamento de Seguros de 1912), las OO.MM de 31-1-1980, de 12-8-1981 y 22-10-1982, y la Resolución de la DGS de 15-11-1982.

Aunque en dichas normas no se hace referencia expresa a la normativa comunitaria, sí contienen mención a principios de funcionamiento que se encuentran en las mismas. Así el indicado Real Decreto reconocía en su exposición de motivos que el sistema que se derogaba iba “en detrimento del control financiero de las empresas, que es fundamental para la adecuada protección de los asegurados”, y la Orden de 12-8-81 también expresaba en la exposición de motivos la necesidad de contar con “una normativa actualizada que...consagre los principios de libertad y responsabilidad de las Entidades aseguradoras privadas en el ejercicio de su actividad en una economía de mercado”.

3ª. Hasta la publicación de la O.M. de 30 de julio de 1981 no había existido en España una normativa propiamente dicha, general y obligatoria, referente a la *planificación contable* en el sector asegurador.

Existían, en esa fecha, los *modelos de Balances y Cuentas de Pérdidas y Ganancias* establecidos por el Decreto de 25 de abril de 1953, los *anexos* a dichos documentos regulados por la O.M. de 24 de diciembre de 1953, completados por disposiciones posteriores⁷⁴⁸, y la Circular de la Dirección General de Seguros de 15 de enero de 1954 dando *normas para la confección del Balance y las Cuentas de Pérdidas y Ganancias* que, si bien eran de obligada realización y remisión anual al Órgano de Control, no constituían en sí mismas un plan contable propiamente dicho, ya que las entidades podían llevar su contabilidad con arreglo al plan que estimaran más conveniente, aunque después tuvieran que cumplimentar los modelos oficiales con criterios de uniformidad.

⁷⁴⁸ Principalmente el “Estado de reservas de siniestros pendientes de liquidación o pago del Seguro Voluntario de Automoviles” (O.M. de 7 de junio de 1971) y el “Estado de reservas y su inversión” (O.M. de 4 de septiembre de 1978).

El Plan de contabilidad Sectorial aprobado por O.M. de 30-7-1981 fue redactado teniendo en cuenta no solo las exigencias del Plan General de 1973, sino también las recomendaciones efectuadas en el Proyecto presentado por la Comisión designada en su día por el Grupo de Estudios de Expertos Contables de la CEE para adaptar la contabilidad del Sector a las disposiciones de la Cuarta Directiva 78/660/CEE, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, la cual inicialmente había excluido de su aplicación a las sociedades de seguros dejando esta materia para una posterior coordinación mediante la correspondiente Directiva⁷⁴⁹.

4ª. Hasta la O.M. de 29 de julio de 1982 y la Resolución de 12 de noviembre del mismo año que la desarrolló, no existía en España una *clasificación legal de los ramos de seguro*, ya que solo la denominada “Ley de Ampliación de Garantías” de 18-3-1944 hizo de manera incidental una enumeración de los mismos.

La nueva regulación fue otra de las manifestaciones de la adaptación de la legislación española a la normativa europea.

Dichas normas, que adoptaron la clasificación de ramos de la Comunidad Económica Europea (Directivas de 24-7-1973 y 5-3-1979) y la de la O.C.D.E, muy similares, se dictaron con la finalidad de facilitar el otorgamiento de la autorización administrativa previa y la aplicación del Plan Contable de Seguros de 1981 que debía entrar en vigor el 1 de enero de 1983.⁷⁵⁰

5ª. La promulgación de la Ley de 1984 supuso la consolidación de la etapa actualizadora iniciada en 1978, marcando una verdadera revolución en el modelo de control y supervisión hasta entonces existente.

DECIMOCUARTA. Dentro del esquema de garantías de solvencia exigidas a las entidades aseguradoras por la normativa comunitaria el régimen del Margen de Solvencia y del Fondo de Garantía ocupa un lugar fundamental.

Respecto a la evolución del mismo puede, en síntesis, señalarse lo siguiente:

1º. Las primeras normas reguladoras del margen de solvencia se incorporaron a la Primera Directiva del Consejo 73/239/CEE, de 24 de julio de 1973, para el seguro directo en ramos distintos al de vida, y a la Primera Directiva del Consejo 79/267/CEE, de 2 de marzo de 1979, para el seguro directo en el ramo de vida. Posteriormente las Terceras Directivas actualizaron en 1992 la citada regulación (Directiva 92/49/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre seguros no vida y Directiva 92/96/CEE, de 10 de noviembre de 1992, sobre seguro de vida).

2º. En principio debe señalarse que la implantación comunitaria de una normativa general reguladora del margen de solvencia en las entidades aseguradoras constituyó uno de los pasos más importantes para la consecución de un “mercado común del seguro”. Con ellas, por un lado, los asegurados comunitarios tenían las mismas

⁷⁴⁹ Orden Ministerial de 30 de julio de 1981 por la que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Entidades de Seguros, Reaseguros y Capitalización. (BOE de 11 de septiembre). Introducción, nº. 3.

⁷⁵⁰ Exposición de Motivos de la O.M. de 29 de julio de 1982 (BOE de 10 de agosto).

garantías en cuanto a la solvencia dinámica de sus aseguradores y, por otro, los aseguradores vieron reforzada la libertad de establecimiento en cualquier estado miembro de la Comunidad.

La diversidad de tratamiento que en cada país se daba a esta materia, cuando no la ausencia de norma alguna al respecto, hacían aconsejable establecer una regulación que fuera razonablemente fiable y no excesivamente compleja en su aplicación si se quería tener éxito en la armonización normativa, ya que se trataba de introducir una primera disciplina de mercado en este fundamental aspecto de la actividad aseguradora. Por ello prevaleció el sistema del patrimonio propio no comprometido frente a otros quizás técnicamente más elaborados pero, precisamente por ello, de más difícil aplicación y generalización.

3°. No obstante han sido muchas las voces críticas que han resaltado las carencias de la concepción del margen de solvencia comunitario. Así, se han señalado las siguientes deficiencias:

A. Los porcentajes aplicables a las primas y a la siniestralidad en los seguros no vida, obtenidos de una experiencia analizada hace ya bastantes años, se encuentran desactualizados según han puesto de manifiesto estudios posteriores.

B.- Tiene un carácter excesivamente general y no discrimina en función de la calidad del negocio ya que su importe depende de la cantidad de este último.

C.- No tiene en cuenta las diferentes modalidades del reaseguro, instrumento fundamental para la homogeneización cuantitativa de los riesgos aceptados. El establecimiento del límite del 50% en las cesiones se ha considerado que no tiene otra justificación que el deseo de alcanzar una transacción entre los partidarios de las cifras netas y los de las cantidades brutas, según se admita o no la deducción de la totalidad de los riesgos cedidos.

D.- La cuantía mínima del margen de solvencia, en función de primas y en función de la siniestralidad, parte de la base de que la prima de riesgo, que debe hacer frente al coste de la siniestralidad, representa el 70% de la prima comercial o de tarifa. Ello supone, principalmente, la ausencia de inflación y que los gastos de gestión interna (de administración) y los gastos de gestión externa (comerciales) permanezcan constantes en dicha proporción.

E.- La regulación del margen de solvencia no exige ningún requisito de calidad para los activos que deban cubrir el patrimonio propio no comprometido.

F.- No se admiten las provisiones de estabilización o de equilibrio entre las partidas computables para cubrir el margen de solvencia, como es el caso de los seguros de crédito y caución en los cuales la propia Directiva que los regula prohíbe que su importe sea tenido en cuenta para el cálculo del margen aunque esta posición puede tener su explicación en facilitar la deducibilidad fiscal de dichas provisiones técnicas.

Para finalizar, esta posición crítica concluye que el margen de solvencia ha significado un paso importante en la tecnificación del sector asegurador, pero que

debería someterse a profundas revisiones. Su concepción adolece de un perturbador equívoco: desde un punto de vista actuarial es una provisión técnica, mientras que desde la perspectiva jurídica es una reserva libre. Esta indefinición debería evitarse, tal vez mediante la sustitución del margen por un sistema de provisiones técnicas de equilibrio que al propio tiempo sean más adecuadas a las características técnicas de cada clase de riesgos.

4º. Las citadas Directivas de 1992 modificaron en algún aspecto la regulación del margen de solvencia pero no entraron a fondo en los problemas planteados por el sistema de solvencia europeo dado que existía un alto grado de interés político en la publicación de las mismas, pues consolidaban el mercado único de seguros y ponían en práctica el principio de la autorización administrativa única⁷⁵¹. Por ello las propias Directivas establecieron un plazo de tres años para que la Comisión presentara al Comité de Seguros un informe sobre la necesidad de una armonización ulterior del margen de solvencia.

5º. Dicho mandato dio lugar a que en abril de 1994 la Comisión abordara por primera vez con el Comité de Seguros⁷⁵² la revisión de las normas reguladoras del margen de solvencia. Ello dio lugar a la constitución del denominado “Grupo Müller” para acometer los trabajos oportunos, pidiendo que se informara a la Comisión de los resultados a finales de 1996. Dicho Grupo de Trabajo fue creado bajo la presidencia del Dr. Helmut Müller (a la sazón Vicepresidente del BAV⁷⁵³, órgano de supervisión alemán) del cual recibió su denominación.

También la Comisión remitió un cuestionario, basado en gran parte en el utilizado por el grupo Müller, al Comité Europeo de Seguros, a la Asociación de Cooperativas y Mutualidades de Seguros Europeas⁷⁵⁴ y al Grupo Consultivo de Actuarios de la Unión Europea, organismos que entregaron sus respuestas a finales de 1996

6º. Con los resultados obtenidos por el Grupo de Trabajo y con los demás datos recabados por la Comisión ésta en julio de 1997 remitió al Comité de Seguros su informe en el cual respecto a la evaluación del funcionamiento del sistema de margen de solvencia se establecía:

Primero.- Que el sistema actual era satisfactorio.

Segundo.- Que, no obstante, se habían identificado algunos problemas en determinados casos sobre todo en los seguros no vida.

Tercero.- Que los demás sistemas existentes no han demostrado su superioridad respecto al sistema comunitario.

Cuarto.- Que la revisión del sistema debía evitar al sector costes adicionales.

⁷⁵¹ Vid. el “*INFORME al Comité de Seguros sobre la necesidad de una mayor armonización del margen de solvencia*”, elaborado a la vista de los trabajos efectuados por el “Grupo MÜLLER” y presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas. Introducción. p. 2. Bruselas, 24.07. 1997. COM(97) 398 final.

⁷⁵² Organismo que representa a las entidades europeas de seguros por acciones y a determinadas sociedades mutuas.

⁷⁵³ Bundesaufsichtamt für das Versicherungswesen.

⁷⁵⁴ Que representa a las cooperativas de seguros y a determinadas mutuas de la Unión Europea.

En la conclusión del informe de la Comisión⁷⁵⁵, en síntesis, se estimaba conveniente el mantenimiento de las disposiciones comunitarias sobre margen de solvencia a la vista de los resultados satisfactorios que su aplicación había puesto de manifiesto.

7°. Pero también se proponía la creación de un grupo de trabajo de expertos nacionales, presidido por la Comisión, con el fin de perfeccionar el sistema y eliminar las deficiencias observadas, y se proclamaba la necesidad de que la legislación comunitaria en materia de margen de solvencia debía seguir sometida a un estrecho seguimiento.

Los estudios realizados culminaron con la propuesta de Directivas, por parte de la Comisión, que incluían un paquete de medidas denominado “*Solvencia I*” que finalizó con la publicación de sendas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de marzo de 2002: la 2002/12/CE que modifica la 79/267/CEE sobre el seguro de vida y la 2002/13/CE que modifica la 73/239/CEE sobre seguros no vida. Las nuevas Directivas regulan, principalmente, el régimen del margen de solvencia y del fondo de garantía. Las Directivas entraron en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y ambas establece como fecha límite para incorporarlas al Derecho nacional la de 20 de septiembre de 2003.

Las principales novedades de las citadas Directivas son las siguientes y pueden clasificarse en:

A) Novedades comunes

- a.- Obligación de mantener el margen de solvencia “en todo momento”.
- b.- Incremento del Fondo de Garantía Mínimo para adaptarlo a la inflación producida desde que fue establecido y actualización futura del mismo aplicando el índice europeo de precios al consumo.

⁷⁵⁵ “*INFORME al Comité de Seguros...*”. Op. cit. p. 16. En su conclusión el informe decía textualmente: “Examinando los casos de insolvencia y, en general, las dificultades financieras de las aseguradoras registradas en la UE en los últimos veinte años se llega a la conclusión de que el actual sistema de margen de solvencia, además de cimentarse en principios sólidos, ha producido resultados satisfactorios en la práctica. Por esta razón la Comisión cree conveniente mantener las disposiciones comunitarias sobre el margen de solvencia. sin embargo, un análisis detallado revela algunas deficiencias del sistema en el caso de riesgos muy concretos. Para eliminar esas deficiencias es preciso realizar ajustes y mejoras.

En consecuencia, se prevé crear un grupo de trabajo de expertos nacionales, presidido por la comisión, encargado de estudiar la manera de perfeccionar el actual sistema comunitario de margen de solvencia. el citado grupo debe tomar en consideración todas las contribuciones al debate sobre las ventajas del sistema vigente, y en especial las observaciones que se formulan en el importante informe preparado por el Grupo Müller, integrado por las autoridades de supervisión de la UE. El grupo de trabajo debe estar atento a no causar costes adicionales al sector, salvo en situaciones específicas de riesgo en las que los actuales requisitos hayan resultado inapropiados. Por último debe evaluar las consecuencias que las medidas propuestas puedan tener para el sector asegurador de la UE.

Como consecuencia de la labor del grupo de trabajo:

- puede ser necesario introducir algunas modificaciones de las presentes directivas,
- cabe la posibilidad de que se llegue a la conclusión de que otros aspectos concretos del régimen jurídico que garantiza la solvencia de las aseguradoras necesitan un mayor estudio.

Por último, se considera que, en el futuro, la legislación comunitaria en materia de solvencia debe seguir sometida a un estrecho seguimiento, habida cuenta de sus repercusiones económicas y de la función básica que desempeña en el mercado único de seguros.”

c.- Se faculta a las Autoridades de supervisión competentes para que intervengan con la suficiente antelación en aquellas situaciones en que se vean amenazados los derechos de los asegurados y se prohíbe que pueda certificarse que la empresa tiene margen de solvencia suficiente.

d.- Se faculta a las Autoridades de supervisión competentes para que, en determinadas circunstancias, puedan disminuir la reducción del margen de solvencia obligatorio por razón de las operaciones de reaseguro.

e.- Las normas de las Directivas se consideran mínimas. Las Autoridades de supervisión del Estado de origen podrán establecer normas más estrictas para las entidades autorizadas por ellas.

B) Novedades exclusivas de los seguros de vida

La principal novedad es que la posibilidad de incluir beneficios futuros en el margen de solvencia se limita y somete a condiciones y, en cualquier caso, se elimina a partir de 2009.

C) Novedades exclusivas de los seguros no vida

a.- Incremento de las cifras de primas y siniestros a partir de las cuales se aplican los tipos reducidos para adaptarlas a la inflación producida desde que fueron establecidos y actualización futura de los mismos aplicando el índice europeo de precios al consumo.

b.- Establecimiento de un margen de solvencia suficiente, tomando como referencia el volumen de provisiones técnicas, cuando el asegurador reduzca sustancialmente su nueva producción o deje de contratar nuevos seguros.

c.- Incremento del margen de solvencia en determinados ramos no vida con un perfil de riesgo particularmente volátil.

d.- Se introducen ajustes en el método de cálculo del margen de solvencia para darle más coherencia con los diferentes planteamientos contables y actuariales.

Las modificaciones contenidas en las citadas Directivas de 2002 constituían una prioridad política establecida por el Plan de Acción en materia de Servicios Financieros, razón por la cual han sido puestas en vigor.

DÉCIMOQUINTA. El proceso comunitario de análisis del modelo de Margen de Solvencia no ha finalizado. Por el contrario, puede considerarse que ha concluido una etapa del mismo (Solvencia I) para abrirse otra que puede llevar a una profunda revisión de dicho modelo (Solvencia II).

Por ello ha sido resaltado que “el proyecto *Solvencia II* es la continuación del trabajo comenzado con la reforma *Solvencia I*. Mientras que esta última tenía como finalidad poner al día el sistema europeo de solvencia ya existente, el proyecto de *Solvencia II* tienen un alcance más amplio. Se trata de un ejercicio de revisión más sistemático y más radical del régimen de solvencia, a la luz de la evolución actual del sector asegurador, de las técnicas de gestión de riesgos, de las técnicas financieras, de las normas contables, etc. Uno de los objetivos del proyecto es el de establecer un sistema de solvencia que esté más adaptado a los riesgos efectivos que afectan a las

compañías de seguros”⁷⁵⁶. Para un sector de la doctrina, *Solvencia II* es el proyecto más ambicioso al que se haya enfrentado la industria aseguradora. El calado de sus enfoques revisionistas va a suponer un cambio en la mentalidad y roles de actuación de todos los actores: aseguradoras, supervisores, actuarios, auditores, etc.

La evolución y situación actual del nuevo proyecto es, en síntesis, la siguiente:

1º. La finalidad del proyecto es la de realizar un estudio sobre la situación financiera global de la empresa de seguros, que tenga en cuenta todos los factores de estabilidad financiera de la misma, ya que el margen de solvencia obligatorio es uno más de los parámetros importantes para determinar la situación financiera global del asegurador. Para ello deben ser tenidos en consideración, además del margen de solvencia, tanto aspectos financieros (suficiencia de las provisiones técnicas; riesgos de activo e inversión; gestión activo-pasivo; acuerdos de reaseguro y metodologías contables y actuariales) como aspectos no financieros (aplicación de criterios de gestión aptos y apropiados; posibilidad de efectuar inspecciones “in situ” o de supervisar el funcionamiento de la empresa de seguros).

Dicho estudio deberá ser incluido dentro del informe exigido por las directivas de marzo de 2002 y que la Comisión, a más tardar el 1 de enero de 2007, deberá presentar al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de las Directivas y, si fuera preciso, sobre la necesidad de una mayor armonización.

2º. Al plantear en mayo de 2001 el trabajo a realizar en el proyecto “Solvencia II” éste se dividió en dos fases. El objeto de la primera fase era el de establecer “la forma general del sistema de solvencia, una vez estudiados los principales temas vinculados a esta problemática”. Una vez terminada la primera fase, que acabó a finales de 2002, se iniciará la segunda cuyo fin será el de definir los detalles del sistema.

Para realizar los estudios pertinentes se constituyeron dos Grupos de Trabajo: uno en el Comité de Seguros de la Unión Europea y otro en la Conferencia de Autoridades de Supervisión⁷⁵⁷. En el seno del Comité se creó el Subcomité sobre Solvencia, el cual, a su vez, estableció dos Grupos de Trabajo, uno para el Seguro de Vida y otro para los Seguros de No Vida.

3º. En la primera fase se han producido dos estudios generales: Uno el informe publicado con fecha 2 de mayo de 2002 por los servicios de la Comisión, encargado por la Dirección General para el Mercado Interior y realizado por la consultora KPMG relativo a los mecanismos de evaluación de la situación financiera global de las

⁷⁵⁶ Vid. el documento de 20/01/2003, “Presentación del proyecto Solvencia II”, en (http://europa.eu.int/comm/internal_market/insurance/solvency/solvency2-intro_fr.htm). Publicado en alemán, inglés y francés. (Traducción del autor).

⁷⁵⁷ En España se han constituido dos Grupos de Trabajo: un Grupo de Trabajo Nacional creado a iniciativa de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y bajo su coordinación, integrado por el ICAC, UNESPA, Confederación de entidades de Previsión Social, Instituto de actuarios Españoles e ICEA. También en UNESPA se ha creado otro Grupo de Trabajo, con seis subgrupos, y que funcionará con un Comité de Coordinación y un Plenario (en el que participarán todas las entidades que quieran adherirse al Grupo de Trabajo).

empresas de seguros en el marco de la supervisión prudencial⁷⁵⁸. Otro el llevado a cabo por el Grupo de Trabajo de la Conferencia de Autoridades Supervisoras Europeas, conocido como informe SHARMA, que toma su nombre del Presidente del Grupo. Así mismo los Grupos de Trabajo para el seguro de Vida y de No Vida emitieron sus respectivos informes.

Los documentos de trabajo han tenido una amplia difusión dando lugar a la exposición de sus respectivas posiciones por parte de los Estados miembros y de diferentes organizaciones e instituciones sectoriales.

4º. A la vista de los informes antes mencionados y de las opiniones formuladas por los Estados miembros y las organizaciones e instituciones consultadas, los servicios de la Comisión elaboraron una extensa “Nota a la atención del Subcomité sobre Solvencia”⁷⁵⁹ en la que, además de resumir los trabajos realizados y sus conclusiones, se exponían las etapas siguientes del proyecto que incluyen dos reuniones más del Subcomité. La nota citada servirá para generar el debate previo a la primera reunión, tras la cual se elaborará una segunda nota que se dería objeto de debate en la segunda reunión del Subcomité en marzo de 2003, tras la cual podría celebrarse un primer debate de orientación en la sesión de primavera del Comité de Seguros y, en caso de existir consenso, los servicios de la Comisión organizarán la segunda fase del proyecto.

⁷⁵⁸ En el preámbulo a la presentación del indicado estudio se señala que: “Las exigencias de solvencia a las que están sometidas actualmente las empresas de seguros en la Unión Europea han funcionado bien a lo largo del tiempo; ellas han incrementado significativamente la protección de los asegurados en la Unión. Sin embargo, desde la creación de estas reglas, tanto el mercado asegurador como el ejercicio del control han experimentado importantes evoluciones; era, pues, necesario volver a evaluar dichas reglas en comparación con sus propios objetivos. Al principio del año 2000 los servicios de la comisión comenzaron, con los Estados miembros, un nuevo examen general de las formas de evaluar la situación financiera global e una empresa de seguros (el proyecto “Solvencia II”). Uno de los objetivos del proyecto es establecer un sistema de solvencia que esté todavía más adaptado a los verdaderos riesgos de una compañía de seguros. Un futuro sistema de solvencia europeo debería, por otra parte, evitar ser excesivamente normativo o inútilmente complejo, y debería reflejar las evoluciones del mercado (tales como los productos derivados y la transferencia alternativa de riesgos) y, en la medida de lo posible, estar fundado en principios contables comunes. Un proyecto vasto y complejo como Solvencia II necesita numerosos conocimientos previos y actualizaciones sobre la evolución del mercado de seguros”. (Texto en francés traducido por el autor).

⁷⁵⁹ Vid, “Nota a la atención del Subcomité sobre Solvencia”, de 28 de noviembre de 2002, elaborada por los servicios de la Comisión (http://europa.eu.int/comm/internal_market/), en la que se expone un resumen de los trabajos realizados en la primera fase del proyecto, las conclusiones obtenidas de dichos trabajos, una serie de reflexiones sobre el diseño del sistema de solvencia y las próximas etapas del proyecto.

BIBLIOGRAFÍA

ALDAZ ISANTA, Juan Emilio. “El margen de solvencia en las empresas de seguros (situación actual y problemas). *Revista Riesgo y Seguro* . II época. nº 15-16. III y IV trim. 1966. Dirección General de Seguros.

ALMAJANO PABLOS, Luis M. “Justificación de la necesidad de la Ley”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. AIDA. Fundación MAPFRE Estudios. Editorial MAPFRE. Madrid, 1997.

ALMAJANO PABLOS, Luis M. “La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, en *Comentarios a la liquidación de entidades aseguradoras por la CLEA*. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid 1998.

ALMAJANO PABLOS, Luis. “Justificación de la necesidad de la Ley”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. SEAIDA – Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

ALONSO UREBA, A. *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*. Madrid. 1985.

ANGULO RODRIGUEZ, Edmundo. “Liquidación de entidades aseguradoras por la CLEA: Análisis comparativo con los procedimientos concursales” en *Comentarios a la liquidación de entidades aseguradoras por la CLEA*.. Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid 1998.

ANGULO RODRIGUEZ, Luis. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. SEAIDA – Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

ANGULO RODRIGUEZ, Luis. “Aspectos mercantiles de las Mutualidades de Previsión Social y Fondos de Pensiones”. *Revista de seguridad Social*, nº 24. 1984, y “Las Mutualidades de Previsión Social como empresas aseguradoras”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 11, 1986, pp. 26 y 27.

ANGULO RODRIGUEZ, Luis. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de*

los Seguros Privados. SEAIDA – Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

ANTÍGONO DONATI *Manuale di Diritto delle Assicurazioni Private*, publicado en Milán 1956. Versión española de dicha obra titulada *Los Seguros Privados. Manual de Derecho*, traducción de Arturo Vidal Solá. Bosch. Barcelona 1960.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid. 1993.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*, 2ª ed. Comares. Granada 2001.

BARRERO RODRIGUEZ, Enrique. *El Consorcio de compensación de Seguros*. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. Edit. Tirant lo blanch. Valencia 2000.

BASSOLS COMA, Martín. “Los principios económicos de la Constitución y la ordenación del seguro privado”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, (dirigidos por el profesor Evelio Verdera Tuells). Tomo I. CUNEF. Madrid 1988.

BELLANDO, Jean-Louis, en BIGOT, Jean y otros: *Traité de Droit des Assurances*. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1996.

BENITEZ DE LUGO REYMUNDO, Luis. *Tratado de Seguros*. Edit. Reus. Madrid, 1955. Vol. 4º.

BENITEZ DE LUGO RODRÍGUEZ, Félix. *Tratado de Seguros*. Tomo I: Legislación comparada de seguros. Madrid 1942.

BERMUDEZ MENESES, Concepción. “Introducción”. en *Comentarios a la liquidación de entidades aseguradoras por la CLEA*. Ministerio de Economía y Hacienda. Secretaría de estado de Economía. Madrid. 1998.

BERMUDEZ ODRIOZOLA, Luis. “Régimen jurídico de las entidades aseguradoras españolas de naturaleza privada”, en *Manual de la nueva ley del seguro. Análisis y comentarios de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. Vol. I. Expansión. Coopers & Lybrand. Madrid. 1995.

BERNALDO DE QUIRÓS BOTIA, Javier. “Solvencia II. Un reto común para las aseguradoras y el supervisor”, en *Encuentros Financieros 2002. ICEA. Madrid 8 de mayo. Segundo Encuentro BASILEA: SOLVENCIA II EN EL SECTOR ASEGURADOR*.

BIBIÁN DE MIGUEL, Manuel. *Ley del Seguro Privado*. Edit. Revista de Derecho de los Seguros Privados. Madrid 1996.

BIGOT, Jean y otros: *Traité de Droit des Assurances*. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1996.

BILBATÚA, Luis. “Régimen cautelar y sancionador”, en *Manual de la nueva Ley del Seguro*. EXPANSIÓN. Madrid 1995.

BLANC DIAZ. José María. “Coloquios sobre seguros privados”. *Rev. Española de Seguros*. Madrid. 1976.

CABALLERO SANCHEZ, Ernesto. *Introducción al Estudio del Seguro Privado*. Edit. Magisterio Español. Madrid, 1948.

CABALLERO SANCHEZ, Ernesto. “Ponencia General” *Prevención y seguro*. V Congreso Mundial de Derecho de Seguros. AIDA. Tomo I. Editorial MAPFRE. Madrid, 1978.

CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, Ernesto. “Hacia dos nuevos tipos de inversión de reservas”, en “*Coloquios sobre Seguros Privados*”, p. 172. Revista Española de Seguros. Madrid 1976.

CABO LOPEZ. Miguel Angel, en la “Presentación” introductoria al *Plan de contabilidad de entidades aseguradoras*. R.D. 2014/1997,. Col. AMAFEX. Edit. MAPFRE S.A. Madrid 1998.

Colección Legislativa de España. Primer Cuatrimestre de 1848. Tomo XLIII.

Colección Legislativa de España. Cuarto Trimestre de 1857. Tomo LXXIV.

Colección Legislativa de España. Primera serie. Tomo XXXII, vol. 2º de 1908, abril a julio.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. XIª edición. Civitas. Madrid. 2000.

DE GISPERT, Mª. Teresa. “La obligación legal de contabilidad de las entidades aseguradoras”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*. CUNEF. Madrid. 1988.

DE MORI, Bruno. “Possibilit  d’etablir des bases techniques acceptables pour le calcul d’une marge minimum de solvabilité des entreprises d’assurances contre les dommages”. *ASTIN Bulletin*. 1965. Vol. III, part. III.

DE WITT, G.W. y KASTELIJN, W.N. en “The solvency margin in non-life insurance companies”. *ASTIN Bulletin*. Vol. XI. 1980.

DEL CAÑO ECUDERO. Fernando. *Derecho español de seguros*. Madrid 1974.

DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando y DEL CAÑO PALOP, José Ramón. *Comentarios al Reglamento de Ordenación del Seguro Privado*. Madrid 1987.

DEL CAÑO ESCUDERO, Fernando. *Derecho Español de Seguros*. 2 tomos. 3ª edición. Madrid 1983.

DEL CAÑO ESCUDERO. F. *Derecho español de seguros, Apéndice*. Madrid 1984.

DEL CAÑO ESCUDERO. F. Revista *Aseguradores*, n . de julio/agosto de 1984.

DEL POZO GARCÍA, Eva María. “Fundamentos técnicos de la regulación del margen de solvencia”. Colección *Cuadernos de la Fundación*, n  64. Octubre 2002. Fundación MAPFRE Estudios. Madrid.

DELAS, J.M . *Breves notas históricas sobre la preparación de la Ley de Seguros de 14 de Mayo de 1908*. Conferencia pronunciada en la primera celebración del Día del Seguro celebrada el 14 de Mayo de 1946.

DI CAGNO, Nicola y ADAMO, Stefano. *L’Economia delle aziende di assicurazione, amministrazione e controllo*, en Collana de Studi e Ricerche sul Sistema-Azienda. Vol. 6. G. Giappichelli Editore. Torino. 1994.

DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, p. 31. Taurus. Madrid 1988.

Diccionario COLLINS. 2ª ed., reimp.1990. Ediciones Grijalbo, S.A. Barcelona.

Diccionario de la Lengua Española. R:A:E:. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe S.A. Madrid 2001

Diccionario inglés-español, español-inglés, de E.M. Martínez Amador. Edit. Ramón Sopena, S:A:. Barcelona. 1974

DUQUE DOMINGUEZ, Justino. F. “Las mutualidades de previsión social”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. SEAIDA – Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

DUQUE, Justino. F. “Mutuas y cooperativas de seguros”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del seguro privado*. CUNEF 1988.

EFRÉN OSSA G, J. *Teoría General del Seguro*. Tomo I: La Institución. Editorial Temis. Bogotá 1988.

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS” de las *Propuestas de Directivas* del Parlamento Europeo y del Consejo, presentadas por la Comisión, tanto para el seguro de vida como para los de no vida. Bruselas, 25.10.2000. COM(2000). 617 final, 2000/0249 (COD) y 634 final, 2000/0251 (COD).

FERNANDEZ PALACIOS, Juan y MAESTRO MARTINEZ, José Luis. *Manual de contabilidad y análisis financiero de seguros*. Centro de Estudios del Seguro. S.A. Madrid 1991.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. “Los poderes públicos de ordenación bancaria y su eficacia preventiva”, en *Libro homenaje al profesor Villar Palasí*. Civitas. Madrid 1989.

FERNÁNDEZ RUIZ. Antonio José. *Análisis de los Estados Financieros de las Entidades Aseguradoras*. Aula Universitaria de Economía Actuarial y Financiera. Madrid 2000.

Gaceta de Madrid de 15 de Mayo de 1908.

Gaceta de Madrid de 16, 17,18,19,20,21,22 y 28 de febrero de 1912

GALÁN CORONA, E. “Prólogo” a *Mercado y Derecho* de N: REICH. Edit. Ariel. Barcelona 1985.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio; DE MARCOS FERNANDEZ, Ana; RODRIGUEZ-CHAVEZ MIMBRERO, Blanca. “*Conceptos y principios fundamentales del Derecho de organización*”, p. 41 y 42. Marcial Pons. Madrid 2001.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, DE MARCO FERNANDEZ, Ana. “*Derecho Administrativo I*”, p. 352. Madrid 1992.

GALLEGOS DIAZ DE VILLEGAS, José Elías. *Aspectos Técnicos de la legislación de seguro privado*. Centro de Estudios del Seguro. S.A. Madrid 1991.

GAMERO CASADO, Eduardo. *La intervención de empresas. Régimen jurídico administrativo*. Marcial Pons. Madrid 1996.

GARCÍA ALONSO. José María. “Prólogo” a *Estudios sobre tributación del seguro privado*. Madrid. 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 8ª edición. Edit. Civitas. Madrid 1997 y Tomo II. Civitas 1993 Reimpresión de 1997.

GARCÍA ESTEBAN. Francisco. *Contabilidad de seguros*. Madrid. 1971.

GARCÍA ESTEBAN. Francisco. *Contabilidad de seguros*. Madrid. 1979.

GARCÍA PELAYO, Manuel. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Libros Pórtico. Zaragoza, 1979.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín. “La acción del Estado en relación con las empresas de seguros de daños en situaciones difíciles”. *Revista Riesgo y Seguro*. II época. nº 15-16. III y IV trimestre 1966. Dirección General de Seguros.

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE. J. *Contrato de seguro terrestre*. Madrid.1973

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE. Joaquín. “Coloquios de Seguros Privados”. *Rev. Española de Seguros*. Madrid 1976.

GARRIGUES DIAZ-CAÑABATE, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. 5ª edición. Madrid 1968.

GIL FANA, José Antonio y DEL POZO GARCÍA, Eva María. “Vigencia de la regulación del margen de solvencia para seguros no vida en la unión europea”. *Rev. Gerencia de riesgos y seguros*. Año XVI, Nº 63, tercer trimestre 1998. Fundación MAPFRE Estudios.

GOMEZ CALERO, Juan. “Régimen de los contratos de seguros durante el periodo de liquidación”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*. Tomo II. CUNEF. Madrid 1988.

GONZALEZ GALÉ, José. *Elementos de cálculo actuarial*. Edit. El Ateneo. Buenos Aires 1942.

GONZALEZ PÉREZ, Jesús y GONZALEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Tomo II. Edit. Civitas. Madrid 1997.

GONZALEZ-BUENO LILLO. Francisco. “Coloquios sobre Seguros Privados”. *Revista Española de Seguros*. Madrid. 1976.

GUARDIOLA LOZANO. Antonio. “Condiciones para el ejercicio de la actividad aseguradora: Estatutos y pólizas”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, Vol. I. CUNEF. Madrid, 1988.

HAGOPIAN, Mikaël, en BIGOT, Jean y otros: *Traité de Droit des Assurances*. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1996.

HALPERIN, Isaac. *Seguros*. Vol. I. Segunda edición (actualizada por Juan Carlos Felix Morandi). Depalma. Buenos Aires 1983.

HERNANDO DE LARRAMENDI Y MONTIANO, I. “Intervención económica estatal en el seguro privado”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 29. 1950.

HERNANDO DE LARRAMENDI Y MONTIANO. I. *Rev. Riesgo y Seguro*. B.O. de Seguros. I trimestre de 1950.

HERRMANNSDORFER, Fritz. *Seguros Privados*. (Traducción de Rafael Luengo Tapia y Wilhelm Neumann. Anotada por Antonio Lasheras Sanz). Enciclopedia de ciencias jurídicas y sociales. Editorial Labor. Barcelona, Madrid, Buenos Aires 1933.

INFORME al Comité de Seguros sobre la necesidad de una mayor armonización del margen de solvencia, elaborado a la vista de los trabajos efectuados por el “Grupo MÜLLER” y presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas.. Bruselas, 24.07. 1997. COM(97) 398 final.

IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA, Alejandro. “Régimen cautelar y sancionador”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*. Tomo II. CUNEF. Madrid 1988.

IZUZQUIZA IBAÑEZ DE ALDECOA. Alejandro. “La supervisión de la actividad aseguradora en la nueva ley”, en *Manual de la nueva ley del seguro*, Vol. I. Expansión . Madrid, 1995.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. “Visión tridimensional del margen de solvencia en el derecho comunitario europeo” en *Ensayos sobre seguros. Homenaje al doctor J. Efrén Ossa G*. FASECOLDA, Unión de Aseguradores Colombianos. Santafé de Bogotá. 1992.

JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ. A. “Comentarios a los arts. 31 a 38 y a la D. A. 1ª de la Ley 26/1988”, en *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*. CECA. Madrid 1991.

JIMENEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier. “Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, en “Documentación Administrativa”, nº 246-247 (septiembre 1996-abril 1997).

La CLEA. Su huella. Compendio de resoluciones judiciales y administrativas. Ministerio de Economía. Madrid 2001.

LATORRE LLORENS, Luis. *Teoría de riesgo y sus aplicaciones a la empresa aseguradora*. Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Colección Estudios y Monografías. Editorial MAPFRE. S.A. Madrid 1992.

LATORRE LLORENS, Luis. *Tesis doctoral*. Universidad Complutense de Madrid. 1989.

LEVIE, Guy. *Droit européen des assurances*. Bruylant. Bruxelles. 1992.

LEYES Y REGLAMENTO DE SEGUROS. Rev. Financiera. Edit. Góngora. Madrid 1945.

LINARES PEÑA. Angel. *Tratado de auditoría de cuentas de entidades aseguradoras*. Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Colección Universitaria. Edit. MAPFRE S:A. Madrid 1998.

LINDE PANIAGUA, Enrique. “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y supervisión de los Seguros Privados*. SEAIDA - Fundación MAPFRE Estudios. Colección Estudios y Monografías. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

LINDE PANIAGUA, E. *Derecho Público del Seguro*. Edit. Montecorvo. Madrid 1977.

LOPEZ CACHERO, Manuel y LOPEZ DE LA MANZANARA BARBERO, Juan. *Estadística para actuarios*. Fundación MAPFRE Estudios. Editorial MAPFRE. Madrid 1996.

MADARIAGA, César De. *El Seguro sobre la vida en España*. Madrid .1932.

MAESTRO MARTINEZ, José Luis. “El Control Financiero en la nueva Ley de Seguros”, en *Manual de la Nueva Ley del Seguro*. Expansión. Madrid 1995.

MAESTRO, José Luis. *Garantías técnico-financieras de las entidades aseguradoras*. EAE. Winterthur. Barcelona. 2000.

MALDONADO MOLINA, Javier. “Estudio general previo sobre la liquidación administrativa de entidades aseguradoras”, en *La CLEA. Su huella. Compendio de resoluciones judiciales y administrativas*. Ministerio de Economía. Madrid 2001.

MANES, Alfredo. *Tratado de Seguros. Teoría General del Seguro*. (Traducción a la 4ª edición alemana por Fermín Soto). Editorial Logos. Madrid 1930.

MARTÍN PEÑA, María Luz. “Evolución en la regulación relativa al margen de solvencia en la empresa de seguros”. *Revista Española de Seguros*, nº 90, abril/junio 1997.

MARTÍN PEÑA, María Luz; LEGUEY GALÁN, Santiago; y SANCHEZ LÓPEZ, José María. “Solvencia y estabilidad financiera en la empresa de seguros: metodología y evaluación empírica mediante análisis multivariante”. Colección *Cuadernos de la Fundación*, nº 49. Octubre 1999. Fundación MAPFRE Estudios. Madrid.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. Lorenzo. “Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades”. *Revista de Administración Pública*, nº 130. 1993.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho administrativo económico*. Tomo I. La Ley. Madrid 1988. Reimpresión 1991.

MARTÍNEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. *El nuevo servicio público*. Marcial Pons - UAM. Madrid 1997.

MORO, Ornella. *I flussi finanziari nelle imprese di assicurazione. Aspetti gestionali*. p. 90, en *Scritti di economia aziendale*. EGEA (Edizioni Giuridiche Economiche Aziendale dell'Università Bocconi e Giudfrè editori S.p.A). Milano. 1997.

MUÑOZ, Álvaro. “La Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras”, en *Comentarios a la ley de ordenación del seguro privado*. Vol. II. CUNEF. Madrid. 1988.

NOTA A LA ATENCIÓN DEL SUBCOMITÉ SOBRE SOLVENCIA. Asunto: Sistemas de tipo “risk-based capital” (fondos propios con ponderación del riesgo”).

COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Mercado Interior. Bruselas, 11 de octubre de 2001. MARKT/2085/01 – ES. Nota inscrita en el proyecto “solvencia 2”, correspondiente al trabajo mencionado en el apartado 2.2.2 de la nota con referencia MARKT/2027/01 (“Solvencia 2: presentación de los trabajos previstos”, trabajo propuesto nº 3: estudio de los sistemas de solvencia RBC).”

NOTA A LA ATENCIÓN DEL SUBCOMITÉ SOBRE SOLVENCIA, de 28 de noviembre de 2002, elaborada por los servicios de la Comisión (http://europa.eu.int/comm/internal_market/), en la que se expone un resumen de los trabajos realizados en la primera fase del proyecto, las conclusiones obtenidas de dichos trabajos, una serie de reflexiones sobre el diseño del sistema de solvencia y las próximas etapas del proyecto.

NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen. *Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. Instituto García Oviedo. Marcial Pons. Monografías jurídicas. Madrid 1998.

OLIVENCIA, Manuel. “Disposiciones Generales”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*. Tomo I. CUNEF. Madrid 1988.

OLMOS PILDAÍN, Asunción.: “La disposición adicional tercera de la LOSSP: modalidades de gestión de siniestros entre las que deben optar las entidades aseguradoras que operen en el ramo de defensa jurídica”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. SEAIDA – Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

ORDONNANCES DU DUC D’ALBE SUR LES ASSURANCES MARITIMES de 1569, 1570, 1571, avec un précis de l’histoire du Droit d’Assurance Maritime dans les Pays.Bas, par M. Charles Ferdinand REATZ. BRUXELLES. Librairie Européenne C. MUQUARDT. 1877. Copia del documento obrante en la Biblioteca de la Universidad Católica de Lovaina. Registro nº 3A24116.

OSSA G., J. Efrén. *Teoría general del seguro*. Vol. I.: “La Institución”. Editorial Temis. Bogotá 1988.

PAMPILLÓN FERNÁNDEZ, Fernando. *Ejercicios de Sistema Financiero Español*. Editorial DYKINSON. S.L., Madrid 2002.

PORTOLES DE AZNAR, Miguel y RUIZ DE CLAVIJO, José, *Guía Legislativa de Seguros*, Madrid, 1943.

PRIETO PÉREZ, Eugenio. “Modelo actuarial en que se apoya la Ley de Ordenación del Seguro Privado y su Reglamento”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*. CUNEF. Madrid 1988.

RAPPORT: *Solvabilité des entreprises d’assurance* . Abril 1997. Editado en alemán, francés e inglés por la Conferencia de Servicios de Control de Seguros de los Estados Miembros de la Unión Europea.

RECOPIACIÓN LEGISLATIVA DE SEGUROS. Tomo principal. y Apéndices. I,II y III. (1908 a 1954). Boletín Oficial de seguros y Ahorro. Dirección General de Seguros.y Ahorro. Góngora. Madrid. 1947.

RENEDO OMAECHEVARRÍA. Manuel. “Génesis y tramitación parlamentaria de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. SEAIDA – Fundación MAPFRE Estudios. Instituto de Ciencias del Seguro. Editorial MAPFRE. Madrid 1997.

RUIZ SALAS. Rev. *Riesgo y Seguro*. B.O. de Seguros. III trim. 1951.

SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación, disolución y liquidación”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*. Tomo II. CUNEF. Madrid 1988.

SANCHEZ CALERO, Fernando. *Curso de Derecho del Seguro Privado*. Ediciones Nauta. Bilbao 1961.

SANCHEZ CALERO, Fernando. “Revocación de la autorización administrativa. Disolución y liquidación”, en *Estudios y comentarios sobre la ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*. SEAIDA-Fundación MAPFRE Estudios. Editorial MAPFRE. Madrid.1997.

SANCHEZ CALERO, Fernando. *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980 de 8 de octubre, y a sus modificaciones* Edit. Aranzadi. 1999.

SANCHEZ CALERO. F. “regulación del contrato de seguro privado”. *Coloquios sobre seguros privados*. Revista Española de Seguros. Madrid. 1976.

SANCHEZ CALERO.F. “Revocación, disolución y liquidación”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*. Tomo II. CUNEF. Madrid 1988.

SCHLUDE, Herfried. *La solvencia de las compañías de seguros*. Ponencia 23. Seminario internacional de gerencia de riesgos y solvencia de entidades aseguradoras”. Taormina. Sicilia. Italia. 30 de mayo a 2 de junio de 1995. MAPFRE.

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier. *Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*. Cálamo. Barcelona 2001.

TEJERO LAMARCA, Luis. “El control de la administración del Estado sobre la actividad de seguros. Especial referencia a la Inspección de Seguros”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*. Tomo II. CUNEF. Madrid 1988.

TIRADO SUAREZ F.J. *Ley ordenadora del seguro privado – exposición y crítica-*. Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla. Sevilla 1984.

TIRADO SUAREZ, Francisco Javier. “Algunas modificaciones del Anteproyecto de Ley sobre Supervisión de los seguros Privados”. *Rev. Actualidad Aseguradora*. Año 103. Nº 32 de 26 de septiembre de 1994.

TIRADO SUAREZ. F. J. “Acceso a la actividad aseguradora. Capitales mínimos y plazos de adaptación. La nueva delimitación del ámbito de aplicación legal”, en *Manual de la nueva ley del seguro. Análisis y comentarios de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*. Vv.aa. EXPANSIÓN - COOPERS & LYBRAND. Madrid 1995.

TRONCOSO REIGADA, Antonio. *Privatización, empresa pública y Constitución*. Madrid. 1997.

URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Décima edición. Madrid 1975.

VAZQUEZ PADURA, Mercedes. “Liquidación e Intervención de empresas de Seguros”. *Revista Española de Seguros.*, segunda época, nº 36. 1983, pp. 465 a 487.

VEGAS ASENSIO, Jesús. “Criterios de elaboración de tarifas en los seguros no vida según lo dispuesto en la Ley33/1984 de Ordenación del Seguro Privado”, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*. Tomo II. CUNEF. Madrid 1988.

VERDERA Y TUELLS. Evelio. “Introducción. Del contrato a la empresa de seguros: una peculiar evolución hacia una normativa básica de las entidades de seguros”, en *Comentarios a la ley de ordenación del seguro privado*. CUNEF. Madrid 1988.

VILLAR PALASÍ, José Luis. “Tipología y Derecho estatutario de las Entidades instrumentales de las Administraciones Públicas”, en *Administración Instrumental. Libro homenaje al Profesor Clavero Arévalo*. Tomo I.