

LA DIRECTIVA SOLVENCIA II Y LA ACTIVIDAD DE MEDIACIÓN

CÉSAR GARCÍA GONZÁLEZ

Responsable de Gestión de Sinistros. Assor Spain, SA

Extracto:

LA Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, conocida como Solvencia II, viene a ser una refundición de toda normativa comunitaria en el ámbito del sector asegurador que busca reflejar «(...) el verdadero perfil de riesgo de las empresas de seguros y reaseguros»¹.

Dentro del referido marco comunitario, encontramos la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo sobre la mediación en los seguros², que no se modifica por Solvencia II, pero se emplaza a la Comisión para presentar un proyecto antes de finales de 2010³.

El motivo esgrimido no es otro que las repercusiones en la figura del tomador con el nuevo marco dado por Solvencia II.

Por nuestra parte, queremos analizar cuáles son esas repercusiones y plantear si no será preceptivo, en el encargo de proyecto, abordar otras modificaciones.

Como aval a tal afirmación, a modo de ejemplo, encontramos que las aseguradoras o reaseguradoras con menos de 5 millones de euros de primas de ingresos quedan fuera del marco de Solvencia II⁴, por lo que ¿habrá también dos tipos de marco de actuación de los mediadores en función del volumen de primas del (re)asegurador?, ¿qué ocurre con el mediador que actuando de buena fe se somete a un régimen u otro pero el (re)asegurador queda fuera?

Así las cosas, primero entendemos preceptivo desgranar someramente las repercusiones en el sector asegurador de la Directiva SII y cómo se articulan las mismas pero, primeiramente, afirmar la necesidad sectorial de Solvencia II.

Palabras clave: Solvencia II, mediación, aseguradores, reaseguradores, tomadores.

¹ Cfr. «Propuesta modificada de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)», núm. expediente interinstitucional 2007/07143 (COD), del Secretario General de la Comisión Europea, señor don Jordi Ayet Puigarnau, de fecha 26 de febrero de 2008, pág. 5, donde se hace un comentario sobre el artículo 28 de la supra citada Directiva.

² Transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación en Seguros y Reaseguros.

³ Considerando 139 de la Directiva SII; artículo 183 y ss. de la Directiva SII.

⁴ Artículo 4.º 1 a) de la Directiva SII.

DIRECTIVE SOLVENCY II AND INSURANCE INTERMEDIARY

CÉSAR GARCÍA GONZÁLEZ

Responsable de Gestión de Sinistros. Assor Spain, SA

Abstract:

DIRECTIVE 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council, of 25th 2009, on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance, known as Solvency II, becomes a remake of all the regulation of the Common Market on insurance market, looking for «(...) the real risk profile of insurance and re-insurance co»⁵.

Within the refereed settings, we find the Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9th December 2002, on insurance mediation⁶, which is not modified by Solvency II, but summons at the Commission to present one Project before the end of 2010⁷.

The reason used is not other that the repercussions in the policy holder with the new settings established by Solvency II.

On our behalf, we want to analyze which those repercussions are and to propose if it's not compulsory in the project commission, to undertake other modifications.

As support to such an affirmation, i.e., we found that the insurance or re-insurance co. with less then 5 million euros of income premium, remain out of the SII settings⁸, so, will be there two kinds of regulations settings to insurance intermediary according the volume of premium of the (re)-insurance as well?, what happens with the intermediary that acting in good faith is submitted to one regime or to the other one, but the (re)-insurer is out?

In that way, first we think it's perceptive to sort out superficially the repercussions in the insurance sector in the Directive SII, and how are them articulated, but firstly, to assert the sectorial need of Solvency II.

Keywords: Solvency II, insurance intermediary, insurer, re-insurer, policy holders.

⁵ Cfr. «Propuesta modificada de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)», núm. expediente interinstitucional 2007/07143 (COD), del Secretario General de la Comisión Europea, señor don Jordi Ayet Puigarnau, de fecha 26 de febrero de 2008, pág. 5, donde se hace un comentario sobre artículo 28 de la supra citada Directiva.

⁶ Transposed to Spanish roles by Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación en Seguros y Reaseguros.

⁷ Considering 139 of Directive Solvency II; article 183 and ss. de la Directiva SII.

⁸ Article 4.º 1 of Directive SII.

Sumario

1. ¿Por qué la Directiva Solvencia II?
2. Implementación de SII.
3. Los mediadores.
4. Otros aspectos a tener en cuenta.
5. A modo de conclusión.

1. ¿POR QUÉ LA DIRECTIVA SOLVENCIA II?

En el panorama mundial, nos encontramos ante riesgos globales de muy diversa índole a los que, tanto a nivel estatal como empresarial y, por qué no, a nivel personal, debemos estar preparados y también tener en cuenta a la hora de planificar las estrategias a adoptar y poder solventar con tácticas acertadas conexas a estas primeras.

Estos riesgos han sido clasificados en cinco grupos por afinidad, a saber, los riesgos económicos, los ambientales, los geopolíticos, los sociales y los tecnológicos ⁹.

De igual modo, ya la situación previa a la crisis de los mercados financieros hacía suponer al legislador comunitario la necesidad de una armonización y codificación normativa que facilitara el ejercicio de la actividad aseguradora a los operadores en este mercado y, así, intentar minimizar el riesgo de crisis sistémicas ¹⁰.

Mucho más ahora con la manida crisis en la que nos encontramos inmersos, donde se ha entendido por parte de los Estados que se hace necesario un mayor control de los mercados y productos financieros ¹¹.

Mercados financieros que comportan dos grandes bloques diferenciados, la banca y los seguros, los cuales demandan una uniformidad en las reglas del juego, cuando menos, en el ámbito de la Unión ¹².

⁹ A World Economic Forum Report, *World Economic Forum*, January, 2010.

¹⁰ Considerando 2.º de la Directiva SII.

¹¹ En este sentido, *vide* los trabajos de propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, referente a la creación de una Autoridad Europea de Banca, de Seguros y de Planes de Pensiones (núm. proyecto 2009/0161 COM).

¹² ZUNZUNEGUI, F., «La regulación jurídica internacional del mercado financiero», en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper núm. 1/2008, pág. 2.

La banca tiene sus propias reglas que no siempre serán aplicables a los seguros, por más que se haya pretendido establecer iguales pilares en SII que en Basilea ¹³. Afirmamos tal planteamiento porque, si bien es cierto que hay ramos del seguro con un altísimo componente matemático-financiero ¹⁴, también hay otros donde lo que prepondera es el carácter prestacional ¹⁵.

Cierto es que todos los ramos, por la naturaleza del contrato de seguro, están sujetos a necesidades de provisiones técnicas, cálculos actuariales y reservas matemáticas ¹⁶ para así, con las primas de hoy, pagar los siniestros del mañana. Pero cuenta, y mucho, el modelo de gestión interna, y de ahí que la propia Directiva ahora analizada otorgue mucha importancia al *staff* gerencial de las compañías de seguros y al basamento técnico de sus decisiones, de acuerdo con el *Pilar II* ¹⁷.

Dado que «(...) el contrato de seguro supon(e) el cambio de una prestación presente y cierta (prima) por otra futura e incierta (indemnización) (...)» ¹⁸, la necesidad de proteger al tomador y beneficiario y, por qué no, a todo el sistema, es lo que hace necesaria la adopción de los parámetros de SII.

2. IMPLEMENTACIÓN DE SII

Tanto reguladores como operadores del sector se han de plantear, antes de implementar el nuevo modelo, dónde se encuentran ¹⁹.

Esta necesaria ubicación se deberá analizar incluso desde el riesgo operacional o ajeno al propio negocio asegurador ²⁰.

También esta ubicación empezará por determinar si alcanzan las entidades el mínimo cuantitativo como es, entre otros, el que los ingresos brutos de la entidad no excedan de 5 millones de euros de primas ²¹.

¹³ QUIRÓS DE BOTÍA, J.B., «Solvencia II: un reto común para las aseguradoras y Supervisores», conferencia dada en los Encuentros Financieros ICEA, Madrid, 2002, pág. 2.

¹⁴ *V. gr.* artículo 2.º 3 ii), iii), iv) de Directiva SII.

¹⁵ *V. gr.* Ramo 17: Seguro de Defensa Jurídica; Ramo 18: Asistencia en Viaje; incluimos el Ramo 1: Seguro de Accidentes a tenor de lo contemplado en el artículo 2.1 de la Directiva SII. Sobre el Seguro de Enfermedad, *vide* Considerando 84 de la misma Directiva.

¹⁶ STS de fecha 22 de octubre de 2008, Civil, sobre recurso 9887/2004.

¹⁷ Ernts & Young: *Solvencia II: Visión General*, Unespa, Madrid, 2002.

¹⁸ La exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

¹⁹ CASTAÑEDA VIVAR, R., *Análisis Bimestral para el Sector Asegurador: Solvencia II*, PricewaterhouseCoopers, México D.F., 2009.

²⁰ RIVAS LÓPEZ, M.ª V. y otros, «Definición de un modelo dinámico de gestión y cuantificación del riesgo operacional para las entidades aseguradoras en el marco de Solvencia II», en *Gerencia de Riesgos y Seguros*, núm. 105, 2009, pág. 29.

²¹ Artículo 4.º de la Directiva SII.

Pero también se deberán tener en cuenta criterios cualitativos, donde cada entidad deberá hacer una lectura en clave interna de su activo humano ²², de sus procesos internos, y revisar su estrategia comercial y, en definitiva, de crecimiento ²³.

Esta evaluación de la situación obliga a establecer unos criterios en los controles internos, visando el control de gastos, la medición de la eficacia de los procesos y el análisis de la rentabilidad del negocio ²⁴, amén de la función del regulador ²⁵.

Igualmente, este análisis de su estrategia, a tenor del *Pilar III* de la Directiva, implica necesariamente una modificación de los planteamientos de comunicación y difusión de los resultados y de la situación de la entidad, cuando menos una vez al año ²⁶, donde la premisa debe ser la transparencia ²⁷.

Esto obliga, a su vez, a tener que ponderar entre la protección al tomador respecto de lo delicado de la situación en la que se encuentre la entidad y la información a enviar al mercado, toda vez que la publicación de ciertas informaciones podrán empeorar dramáticamente la situación de las entidades ²⁸, llegando al escenario del efecto *Pigmalión*.

La implantación de la Directiva SII en nuestro ordenamiento implicará necesariamente, una modificación en nuestro marco de supervisión y ordenación de los seguros privados ²⁹. Añadir una obviedad, que es que el regulador de la aseguradoras y reaseguradoras lo es también de las mediadoras.

Es en esta fase de implantación donde nos preguntamos si el verdadero alcance de la Directiva se ha de limitar a los (re)aseguradores, los reguladores y las relaciones con los tomadores.

²² POZUELO DE GRACIA, E.; «Solvencia II: Capital Económico en Aseguradoras», en *Revista de Economía Financiera*, núm. 16, 2008, pág. 94.

²³ DÍAZ DE DURANA, R., «La aplicación de los derivados en la gestión de riesgos de las aseguradoras», en *Actualidad Aseguradora*, núm. 26, de 21 de septiembre año 118 (2009), pág. 82.

²⁴ BLANCO, J., «Transparencia y control, más esenciales que nunca», en *Actualidad Aseguradora*, núm. 26, 21 de septiembre año 118 (2009), pág. 72.

²⁵ MAESTRO, J.L.; «El control interno no da una eficacia absoluta», en *Aseguranza*, núm. 146, 2010, pág. 28.

²⁶ Considerando 38 de la Directiva SII.

²⁷ Y no sólo para el sector asegurador, sino que debe ser una premisa para todos los sectores de la economía, con mayor énfasis en las empresas cotizadas. A este respecto *vide* FERNÁNDEZ FUNCIA, R., «Oportunidad para mejorar la transparencia de las cotizadas», *Expansión*, 19 de febrero de 2010.

²⁸ ALONSO, A.A., «Solvencia II para aseguradores no-vida», en *Gerencia de Riesgos y Seguros*, núm. 102, 2008.

²⁹ Pleno de la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones de 27 de julio de 2009.

3. LOS MEDIADORES

No cabe duda de que los avatares que se ciernen sobre las aseguradoras también inmiscuyen a los mediadores, e incluso con independencia del ciclo económico en el que nos encontremos ³⁰.

Antes de abordar a la luz de SII la posible necesidad de modificar la Directiva de Mediación en Seguros, tenemos que ver cuál es el ámbito de esta última.

Empezamos encontrando un error formal grave puesto que, si bien la Directiva se intitula de *Mediación de Seguros*, también regula la mediación de *reaseguros* ³¹. Si bien en nuestra transposición se hace en este caso correctamente, encontramos otros ejemplos en nuestro legislador, en los que se ha dado este grave error formal ³².

La estructuración de la Directiva de Mediación establece los siguientes Capítulos:

- Capítulo I: Ámbito de aplicación y definiciones (arts. 1.º y 2.º).
- Capítulo II: Condiciones del registro (arts. 3.º al 11).
- Capítulo III: Obligación de información de los intermediarios (arts. 12 y 13).
- Capítulo IV: Disposiciones finales (arts. 14 al 18).

Desde el prisma comunitario, se da una distinción entre dos tipos de mediadores, el ligado y el no ligado ³³, que luego a la hora de transponerlo a nuestro ordenamiento se ha complicado, y mucho, al crear el operador banca-seguros, el corredor (de seguros y reaseguros), el auxiliar externo, el agente vinculado y el agente no vinculado ³⁴, aunque es bien cierto que el considerando 9.º de la Directiva de Mediación viene a permitir tal amplitud.

El objeto de la Directiva es la mediación en seguros, entendida ésta como «(...) toda actividad de presentación, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro (reaseguro) o celebración de estos contratos (...)» ³⁵.

³⁰ OLIVAS, A., «La crisis acelera la concentración de corredores», en *Aseguranza*, núm. 146, 2010, págs. 13 y 14.

³¹ Artículo 1.º 1 de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros.

³² NAVARRO, M., «La norma reguladora antes de la Directiva 87/344/CEE», *Boletín Información Jurídica Gesa*, 1.º y 2.º trimestres 1992, pág. 36.

³³ Artículos 2.º 5 y 2.º 7 de la Directiva sobre la Mediación en los Seguros.

³⁴ Artículos 7.º y 8.º de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.

³⁵ Artículo 2.º 3 de la Directiva de Mediación. Para el caso del reaseguro *vide* artículo 2.º 4 del mismo texto legal.

Así queda establecido que el mediador de seguros, por definición conceptual, es un profesional que actúa bien como representante del asegurador³⁶ o bien como representante del asegurado³⁷, en una situación intermedia de asesoramiento, objetivo o no³⁸, por lo que cobra una comisión.

Es, por tanto, una figura clave en el asesoramiento que propicia al tomador optar por una u otra aseguradora en la que confiar la cesión de sus riesgos y la expectativa de garantizar sus ahorros e inversiones. Dado que se trata de un asesoramiento profesional, deberá contrastar las ofertas que le lleguen al tomador y, por los conocimientos del mercado, deberá conocer qué asegurador puede estar en riesgo y, por ende, poder perjudicar los intereses del tomador y eventualmente de los beneficiarios³⁹.

Los corredores, a su vez, deberán buscar objetivamente el producto mejor adaptado a las necesidades del cliente, mientras que el resto de mediadores no están obligados a tal análisis objetivo⁴⁰.

Como ya hemos apuntado, la actividad de mediación se verá afectada por SII⁴¹ y será esta especial vinculación con los tomadores la que hace plantearse en la propia Directiva SII la necesidad de modificar la actual Directiva de mediación en seguros. También tenemos que decir que hay muchos otros aspectos que obligatoriamente son parejos a las aseguradoras, reaseguradoras y a los mediadores pero que, indefectiblemente, tendrán su propia regulación⁴².

Por otro lado, los mediadores realizan labores de diversa índole por delegación de las compañías, motivo por el cual, para proteger a los tomadores y/o beneficiarios de un seguro, se hará responsable al mediador en lo tocante a todo lo que sea ajeno a las obligaciones de contratos u operaciones de seguros⁴³.

Las operaciones delegadas por parte de las (re)aseguradoras son:

- a) Calcular primas.
- b) Emitir/aceptar solicitudes/propuestas de seguros.

³⁶ Artículo 21.3 h) de la Ley de Mediación.

³⁷ La relación que subyace entre los corredores de seguros y los tomadores, o clientes del corredor, es la del contrato del mandato del artículo 1.709 y ss., del Código Civil, así como del 244 y ss. del Código de Comercio.

³⁸ Artículos 31.1 y 42.4 a) de la Ley 26/2006.

³⁹ CUTIDO RIAÑO, J.C., «La mediación profesional es esencial para avanzar en la protección del usuario», en *Actualidad Aseguradora*, núm. 3, de 2 de febrero año 118 (2009), págs. 14 y 15.

⁴⁰ Artículo 26 de la Ley 26/2006, de mediación de seguros y reaseguros privados. Analícese el artículo 12.2 de la Directiva de Mediación de Seguros a la luz del Considerando 9.º de la misma Directiva, para una posible extralimitación de nuestro legislador en la transposición de la norma comunitaria.

⁴¹ DE LA ROSA, M., *Solvencia II, ¿Oportunidades para los mediadores?*, Ponencia en Foro Adecese, marzo 2009.

⁴² *V. gr.* Título III de Supervisión de las empresas de seguros y de reaseguros que formen parte de un grupo. *Vide* Considerandos 98, 112, 120, todo ello referido de la Directiva SII.

⁴³ Considerando 127 de la Directiva SII. Artículo 4.º 3 de la Directiva 2002/92/CE de Mediación en Seguros.

- c) Emitir pólizas y suplementos.
- d) Liquidar comisiones y emitir recibos.
- e) Verificar riesgos.
- f) Gestión de siniestros ⁴⁴.
- g) Encargar peritaciones.

¿Estas operaciones delegadas no afectan a la solvencia de las aseguradoras? ⁴⁵ Para responder con fundamentación a esta pregunta, analizaremos, paso a paso, cada una de ellas.

a) Calcular primas

Desde la Directiva SII se indica que no será obligatoria la aprobación previa de las *condiciones de los contratos*, pudiendo solamente introducir los Estados miembros como preceptiva la aprobación o la notificación de los aumentos de tarifas ⁴⁶. Una de las condiciones de la póliza es la prima.

Hay mediadores que incluso elaboran sus propios productos, alcance de las coberturas y prima a pagar con sus cálculos técnico-actuariales, que después acuerdan con un asegurador su distribución ⁴⁷.

Si bien es cierto que las técnicas actuariales empleadas por los aseguradores se tienen como referencia para el cálculo y establecimiento de las primas, tenemos que decir que con mayor frecuencia están apareciendo brókeres que bien realizan sus cálculos para cotejar lo facilitado por el asegurador o bien para que éstos simplemente sean validados por los aseguradores. Reseñar que esta práctica se puede dar con independencia del tamaño del asegurador y del bróker.

b) Emitir/aceptar solicitudes/propuestas de seguros

Este ítem se relaciona forzosamente con la suscripción, donde evidentemente el asegurador es quien determina su propia política de aceptación de riesgos dentro del marco de su estrategia de ges-

⁴⁴ Los corredores no pueden tramitar siniestros porque se les ha de suponer imparciales y han de dar un asesoramiento objetivo al cliente y, si pagan/peritan siniestros por delegación del asegurador, se entiende que perderán tal independencia (art. 32 de la Ley de Mediación).

⁴⁵ DE LA ROSA, M., *Solvencia II, ¿Oportunidades para los mediadores?*, Ponencia en Foro Adecose, marzo 2009.

⁴⁶ Artículo 21.2 de la SII.

⁴⁷ *V. gr.*: «Correduría de Seguros Internet Broker, SL» tiene una marca, «Segurísima», con un producto exclusivo para mujeres, donde el asegurador es Reale Seguros Generales. Igualmente, Assor Spain tiene un producto propio de motos, donde los aseguradores son Helvetia y Axa.

ción de los mismos⁴⁸; pero si no está alineado con su canal de distribución, de poco o nada le servirá tener una política definida, puesto que no será efectiva por un lado o por otro, no conseguirá ser ofertada por sus distribuidores, incluso en el caso de que éstos sean exclusivos⁴⁹.

Es más, sin estas sinergias se puede dar el caso de aceptación de riesgos en situación de excepcionalidad, como puede ser el tener una política comercial muy agresiva en determinados nichos de mercado y que puedan poner en riesgo la solvencia del asegurador, y todo por abrir excepciones ad hoc por criterios inmediatistas, lo que contravendría el tenor recogido en el artículo 45.1 a) de la Directiva Solvencia II.

Como esta política de suscripción y alineación se especifica como una evaluación interna de los riesgos, ¿se ha de considerar al canal mediador como externo a efectos de evaluación de riesgos? O dada la existencia de un contrato de colaboración y el especial vínculo con el (re)asegurador, ¿se ha de entender a estos efectos también como parte del asegurador y, por lo cual, sujeto a la evaluación interna?

Nos atrevemos a afirmar que sí y, entre otros motivos, por exclusión. Decimos por exclusión porque el papel del mediador como representante de la aseguradora⁵⁰ impide que se pueda incluir como riesgos externos o ajenos a la actividad aseguradora, por lo cual deberá incluirse en el ámbito interno⁵¹, máxime en los casos del agente de seguros ligado⁵².

No obstante, sea o no entendido como gestión de riesgo operacional, lo que queda claro es que se deberá calibrar, evaluar y dimensionar⁵³, incluso provisionarse⁵⁴ y, para ello, se deberá necesariamente contar con la colaboración del canal⁵⁵ y aplicarse unas reglas que determinen el alcance de tal colaboración.

c) Emitir pólizas y suplementos

En las pólizas colectivas aparece un único tomador, donde distintos asegurados se van adhiriendo mediante boletines y el asegurador, en puridad, desconoce quién es su asegurado. De hecho, este modelo está muy utilizado en ramos donde se pretende amparar a colectivos como un grupo de riesgo que se les supone similar.

⁴⁸ Artículo 44.2 de la SII.

⁴⁹ Artículo 7.º 1 de la Ley de Mediación.

⁵⁰ Artículo 21.3 de la Ley 26/2006, de la Mediación de Seguros y Reaseguros.

⁵¹ A World Economic Forum Report, *World Economic Forum*, January, 2010.

⁵² Artículo 2.º 7 de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre, de Mediación en los Seguros.

⁵³ Artículo 48.1 g) de la Directiva SII. Vide también artículo 51.1 b) del mismo cuerpo legal.

⁵⁴ Artículo 107 de la Directiva SII.

⁵⁵ Artículo 101.4 de la Directiva SII.

En estos casos, a fin de cuentas, quien conocerá y sabrá la totalidad y característica de los asegurados adheridos no será otro sino el mediador, por lo que si la aseguradora necesita constituir provisiones técnicas en relación con las obligaciones que asume frente a los tomadores y beneficiarios ⁵⁶, lógicamente se deberá arbitrar un sistema que regule tal situación, teniendo en cuenta además los continuos debates sobre a quién «pertenece» el asegurado, si al asegurador o si al mediador ⁵⁷. La necesidad de determinar la naturaleza de los riesgos obliga al asegurador a una segmentación por grupos ⁵⁸ y sólo podrá garantizarse una homogenización de los mismos mediante mecanismos de sinergias con los mediadores, dentro de una regulación que vaya mas allá que simplemente modificar la Directiva de Mediación en lo que afecte a los tomadores ⁵⁹.

d) Liquidar comisiones y emitir recibos

El (re)asegurador queda obligado a notificar las provisiones referentes a las comisiones que pague a sus mediadores ⁶⁰. Dado que para algunos mediadores el único ingreso que pueden percibir de parte de las aseguradoras son las comisiones ⁶¹, se deberá contemplar un sistema que regule el modo y la forma, para así los (re)aseguradores poder cumplir con el imperativo comunitario.

Comisiones que en la práctica se autoliquidan, puesto que el mediador será en la mayoría de las ocasiones quien cobre la prima abonada por el tomador.

El hecho de que el mediador difiera la imputación de las primas al asegurador puede conllevar ciertos problemas, no ya de cara a que el asegurador ignore si está el riesgo cubierto o no, sino que puede afectar a la solvencia, toda vez que en el caso de los ramos de responsabilidad civil, la víctima es tercero en la relación tripartita, por lo que deberá ser indemnizado. Situación agravada por el hecho de que los mediadores pueden emitir recibos que vinculan al asegurador, pues son garantías para el tomador.

e) Verificar riesgos

Actualmente, se exige al (re)asegurador a la hora de presentar el programa de actividades, que se identifique «la naturaleza de los riesgos o compromisos que la empresa de seguros o reaseguros

⁵⁶ Artículo 76 de la Directiva SII.

⁵⁷ Sin entrar en diatribas por nuestra parte al respecto, entendemos que *el asegurado lo es del asegurador, pero el cliente del mediador*, siempre y cuando éste no sea vinculado.

⁵⁸ Artículos 80 y 148.1 c) de la Directiva SII.

⁵⁹ Considerando 139 de la Directiva SII.

⁶⁰ Artículo 24.2 e i) de la Directiva SII.

⁶¹ Artículo 29 de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros.

se propone cubrir»⁶². Resulta más que evidente que se necesitará reflejar en los contratos de agencia donde se detalle qué *tarjet* o qué nicho, o qué riesgos pretenden ofertarse por parte del mediador en su orientación estratégico-comercial⁶³.

Tenemos que reseñar que un mediador que diversifique ramos ahorrará capital a sus aseguradores porque al diversificar minimiza el riesgo y, de este modo, el asegurador podrá aminorar sus provisiones⁶⁴.

f) Gestión de siniestros

Pese al desarrollo de las nuevas tecnologías y de aplicaciones de captura de partes de siniestros en entornos web o de implementaciones de *contac centers*, la práctica habitual refleja que gran parte del trabajo administrativo que comportan los mediadores son la captura y atención de siniestros.

Aquí podemos tratar todo lo relativo a la externalización que se contempla en los contratos de agencia de gestión de los siniestros por parte de los mediadores. En nuestro marco jurídico, los corredores no pueden gestionar siniestros⁶⁵ porque implícitamente conllevaría la pérdida del carácter objetivo que se le supone y vería mermada su posición de defender los intereses del asegurado (cobrar la mayor indemnización posible) frente al asegurador (minimizar el impacto económico de los siniestros). Esta obligación no se impone a otros mediadores.

Pero no es ésta la situación en el derecho comparado, puesto que el marco comunitario lo permite, ya que define la función de mediación como «(...) toda actividad de presentación, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro o de celebración de estos contratos, o bien la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro»⁶⁶.

En la Directiva Solvencia se contempla que la supervisión no sólo se hará sobre el (re)asegurador sino también sobre el *partner* con el que haya externalizado cualquier función propia del (re)asegurador, debiendo éste colaborar con el supervisor⁶⁷. Resulta patente que si en otros marcos jurídicos el mediador tramita los siniestros de sus asegurados, por lo que hay una prestación de servicios de un externo, se deberá regular para estos casos concretos el papel del mediador, sobre todo para garantizar los derechos del tomador y que no haya conflictos de intereses entre la función de mediación del mediador y la función del mediador como prestador de servicios.

⁶² Artículos 23, 35.1 a) de la Directiva SII.

⁶³ Artículos 1.º y 5.º de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia; artículo 10 de la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros.

⁶⁴ ROMERA, S., *Plan director de implantación de la metodología Solvencia II. Aplicación práctica en el mercado español*, Semana del Seguro Inese, 2010.

⁶⁵ Artículo 31 de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros.

⁶⁶ Artículo 2.º 3 de la Directiva de Mediación de Seguros.

⁶⁷ En su artículo 38.

A lo que hay que añadir que esta externalización implica un incremento del riesgo operacional del asegurador, por lo que la propia Directiva SII exige un control sobre las empresas de servicios que realicen tales gestiones, pero sin limitar o impedir el que sean o no mediadores ⁶⁸. Pese a que en España, como ya hemos apuntado anteriormente, algún tipo de mediador no puede gestionar siniestros, como el marco comunitario sí lo permite, se deberá abordar una nueva regulación conforme el tenor recogido en SII.

g) Encargar peritaciones

Dentro de las prohibiciones que encorsetan la labor de algunos tipos de mediador, está la de actuar como comisarios de averías ⁶⁹. Lo que se impide es que se realicen encargos de valoración de los daños a peritos de las redes de las aseguradoras o que, incluso, lleguen a acuerdos con redes o gabinetes para la verificación de los daños de sus clientes, todo dentro de la delegación contemplada en el contrato de agencia que se debe tener con los (re)aseguradores.

Las reservas de siniestros tienen en consideración el dictamen del comisario de averías, por lo que, si las peritaciones se llevan a cabo por un colaborador, por más que éste esté contratado o concertado por el mediador, deberá estar bajo el marco otorgado a los requisitos de la externalización antes mencionados; y no sólo en lo relativo a la valoración de los siniestros, sino en sus gastos de gestión, al tener que provisionar las minutas de estos profesionales, lo cual termina reflejado en el ratio combinado del asegurador.

4. OTROS ASPECTOS A TENER EN CUENTA

Al margen de todo lo tocante a las funciones que los mediadores desempeñan por delegación, principalmente de los aseguradores, entendemos que hay otros ítems que, si bien no se verán forzados a modificarse por la aplicación de SII, no estaría de más su replanteamiento o reafirmación.

Así pues, el asegurador o reasegurador deberá estar gestionado bajo una buena gobernanza basado en la gestión sana y prudente ⁷⁰, donde no cabe duda de que el mediador juega un vital papel. Buena gobernanza que pasa por la honorabilidad de las personas que dirigen la aseguradora o reaseguradora. De ahí que se refuercen los requisitos aptitudinales de entre los cuales no aparece incompatibilidad con ejercer cargos en empresas mediadoras, cosa que sí aparece en nuestra ley de mediación en sentido contrario ⁷¹.

⁶⁸ Artículo 49.2 de la Directiva SII.

⁶⁹ Artículos 19, 24, 31, 32 de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros. *Vide* Considerando 12 y artículo 2.3 párrafo 3.º de la Directiva de Mediación de Seguros.

⁷⁰ Artículos 36.2 a) y 41.1 de la Directiva SII.

⁷¹ Artículos 24.2 y 31.2 de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros.

Amparado por el amplio marco de la Directiva de Mediación en lo relativo a la idoneidad del mediador de seguros ⁷², y vínculos estrechos con las aseguradoras ⁷³, en nuestra transposición se ponen trabas a que éstos sean miembros de la dirección o tengan vínculos estrechos con aseguradoras y reaseguradoras; veto que no viene del marco de Solvencia ⁷⁴ sino de la transposición de la Directiva de Mediación ⁷⁵, puesto que en esta última se analiza más la idoneidad como *empresario de seguros*, sin entrar en regímenes de incompatibilidades, en línea con la Directiva Solvencia, que tampoco presenta más impedimentos que los mercantiles o penales ⁷⁶, por lo que entendemos que nuestra transposición adolece de un excesivo rigor, visando evitar mermas en la independencia del mediador.

Por otro lado, dado que uno de los pilares sobre los que se asienta la Directiva SII es el papel del regulador, al margen de que sea independiente ⁷⁷, o no ⁷⁸, hasta la fecha éste es competente para conocer tanto de la función aseguradora (y reaseguradora) como de la función de mediación, por lo que todo lo relativo a las nuevas funciones de los reguladores, así como de la implantación y desarrollo del Comité Europeo de Supervisores de Seguros y Pensiones de Jubilación (CESSPJ) ⁷⁹, muy necesariamente supondrá una armonización con las funciones ahora planteadas conforme los nuevos requisitos de SII ⁸⁰, sobre todo teniendo en cuenta que «(l)os Estados miembros velarán por que los mandatos de las autoridades de supervisión tengan en cuenta, de manera adecuada, la dimensión de la Unión Europea» ⁸¹. Esta dimensión comunitaria deberá propiciar una coordinación de las interpretaciones por parte de los reguladores en la materia y que, a día de hoy, no se da ni de lejos, lo cual afecta y mucho a la igualdad de trato y a la libertad de mercado.

Igualmente, se generan dudas respecto de si la definición dada en la Directiva SII del concepto de *sucursal* se ha de extender a los mediadores ⁸² o si se mantendrá el estatus recogido actualmente ⁸³, lo que en tal caso pudiera generar algunas asincronías.

Aunque se conceda la prevalencia del derecho del Estado de acogida ⁸⁴, una de estas asincronías en el marco comunitario se da en que, para las aseguradoras, se entenderá que establece una

⁷² Vide artículo 4.º 6 de la Directiva 2002/92/CE de Mediación de Seguros.

⁷³ Artículo 8.º del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.

⁷⁴ Artículo 57 y 60 de la Directiva SII.

⁷⁵ Artículo 4.º 2 de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre, sobre la Mediación de Seguros, en relación con los artículos 28, 31 y 32 de la Ley 26/2006, de Mediación de Seguros y Reaseguros.

⁷⁶ Artículos 19, 24 y 26.3 de la Directiva SII.

⁷⁷ V. gr. FSA para el caso de UK; IFSRA para el caso de Irlanda; el ISP luso, el ACAM galo, etc.

⁷⁸ V. gr. nuestra DGS y FP.

⁷⁹ Establecido por Decisión 2009/79/CE de la Comisión.

⁸⁰ Artículo 64 y ss; artículo 141 de la Directiva SII.

⁸¹ Artículo 71 de la Directiva SII.

⁸² Artículo 145 de la Directiva SII.

⁸³ Artículo 6.º de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre, sobre la Mediación de Seguros. Artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

⁸⁴ Artículo 155.1 de la Directiva SII. No obstante, hay que tener en cuenta el régimen de supervisión de los grupos aseguradores o reaseguradores (Título III de la Directiva SII).

sucursal cuando tenga una «(...) simple oficina administrada por el propio personal de la empresa o por una persona independiente pero con facultades para actuar permanentemente por cuenta de la empresa como lo haría una agencia»⁸⁵. A priori, éste no será el régimen aplicable a las sucursales de mediadores, ¿o puede invocarse la analogía, al ser entidades del mismo sector y, por ende, aplicarse a la mediación una norma especial frente a la genérica?

Pero es más, en la notificación al Estado miembro donde se pretende abrir la sucursal, se deberá presentar un programa de actividades. Programa de actividades que debe detallar, entre otras premisas, los sistemas de comercialización a implementar⁸⁶, lo cual, forzosamente, repercute en el marco de la mediación⁸⁷.

Estas preocupaciones, naturalmente, son también transpolables al régimen de libertad de prestación de servicio⁸⁸.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El hecho de realizar una modificación de tal calado sobre las operaciones de seguro, reaseguro y las funciones del regulador, como es la Directiva SII, directa o indirectamente afecta a todo el sector.

Sector que incluye la función de mediación no sólo en lo tocante a la relación con la información a los tomadores⁸⁹.

Por la irrupción de nuevos canales de distribución y por la necesidad imperiosa de las aseguradoras por reducir sus costes para poder ser competitivas en el mercado, éstas han facilitado la delegación de muchas tareas, funciones y responsabilidades a los mediadores, los cuales, para dar mayor opacidad sobre cuál es el cliente final y evitar pérdidas de cartera por campañas de captación directa de las aseguradoras, así como ofrecer más servicios al asegurado que basados en una mayor especialización, han aceptado, o incluso demandado, asumir tales tareas.

Esto no hace más que replantearse la función tradicional del mediador y el ámbito de la función (re)aseguradora. Por tal situación es por la que entendemos que, una vez realizada la metamor-

⁸⁵ Artículo 145.1, párrafo 2.º de la Directiva SII.

⁸⁶ Artículo 12.1 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

⁸⁷ Esta premisa evidentemente también es predicable para el caso del acceso a la actividad. *Vide* artículos 162.2 h), 163.1 g) y 2 c) de la Directiva SII.

⁸⁸ Artículo 2.º b) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Artículo 6 de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de diciembre, sobre la Mediación de Seguros.

⁸⁹ Artículos 183 y 184 de la Directiva SII.

fosis de SII, se deba estudiar una reforma de igual envergadura en la mediación con la vista puesta en el nuevo marco de SII.

En esta tesitura deberán estar alienados tanto los aseguradores, reaseguradores y reguladores como los mediadores, donde estos últimos deberán apostar por una mayor transparencia⁹⁰ y los anteriores por más confianza, entre otras cosas porque quien en realidad conoce sus propios riesgos es el asegurado y quien tiene el contacto más directo y estrecho con éste no es otro sino el mediador⁹¹.

Aquí no hemos querido más que plantear qué se ha de tener en cuenta a la hora de abordar esa adaptación de la Directiva de Mediación a la realidad del mercado y a los rigores de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁹⁰ DE LA ROSA, M., *Solvencia II, ¿Oportunidades para los mediadores?*, Ponencia en Foro Adecoase, marzo 2009.

⁹¹ Casi el 85 por 100 del volumen de negocio asegurador fue intermediado tanto por agentes, corredores y operadores de banca seguros, frente al 16,68 por 100 que fue por canal directo. Cfr. Situación General de los Canales de Distribución. Volumen de negocio. Todos los Ramos. ICEA 2008.