

IPN 54/11 ANTEPROYECTO DE LEY DE SUPERVISIÓN DE SEGUROS PRIVADOS

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 11 de mayo de 2011, ha aprobado el presente informe, relativo al Anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados, en el que se analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el pasado 14 de abril de 2011. La documentación remitida por el Ministerio de Economía y Hacienda consiste en una versión del mencionado Borrador de Anteproyecto de Ley (en adelante APL) y la correspondiente Memoria de Análisis de Impacto Normativo.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

I. ANTECEDENTES

Los pilares básicos sobre los que se ha desarrollado la supervisión pública de los seguros privados en España fueron establecidos por la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, que instauró las bases de una concepción moderna de la supervisión de los seguros, entre los que se encuentran el sistema de autorización administrativa de vínculo permanente, el control de las garantías financieras, el cumplimiento de las normas de contrato de seguro y actuariales, y las medidas cautelares e intervención sobre las entidades aseguradoras que no ajustaran su actuación a las normas vigentes.

Desde entonces, la evolución de la legislación sobre seguros privados ha evolucionado impulsada por dos fuerzas: la progresiva adaptación a la nueva normativa comunitaria y la constante evolución de la actividad aseguradora. Ambos factores fueron las razones que dieron lugar a la *Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*, y sus numerosas modificaciones anteriores y posteriores han resultado en el vigente *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* (TRLOSSP).

El APL objeto de análisis vendría a sustituir al TRLOSSP y tiene su razón de ser esencial en la transposición de la *Directiva 2009/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio* (Directiva Solvencia II), sin perjuicio de las demás novedades que se introducen al margen de esta transposición.

La Directiva Solvencia II supone un ejercicio de armonización de las distintas normativas nacionales de los Estados miembros, que pretende facilitar el acceso a la actividad aseguradora y reaseguradora en la Unión Europea mediante la eliminación de las diferencias más importantes entre las distintas legislaciones, estableciendo un marco legal dentro del cual las entidades aseguradoras y reaseguradoras desarrollen su actividad en todo el mercado interior. La Directiva articula una concepción de la solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras basada en tres pilares: reglas uniformes sobre requerimientos de capital determinados en función de los riesgos asumidos por las entidades, un nuevo sistema de supervisión con el objeto de fomentar la mejora de la gestión interna de los riesgos por las entidades, y exigencias de información y transparencia hacia el mercado sobre los aspectos clave del perfil de los riesgos asumidos por las entidades y su forma de gestión.

II. CONTENIDO

El APL consta de una exposición de motivos, 251 artículos, estructurados en ocho títulos, trece disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales. Tiene por objeto, conforme dispone su artículo 1, *“la regulación y supervisión de la actividad aseguradora privada comprendiendo las condiciones de acceso y ejercicio, y el régimen de saneamiento y liquidación de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, con la finalidad principal de proteger los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios, así como promover la transparencia y el desarrollo de la actividad aseguradora”*.

En el Título I, relativo a las **disposiciones generales**, se contienen las previsiones correspondientes a su objeto, ámbito de aplicación y definiciones, así como también se establecen cuáles son los órganos de supervisión y las competencias que ostentan.

El Título II se dedica al **acceso a la actividad aseguradora y reaseguradora**, donde se regulan las condiciones para la autorización administrativa como requisito previo para el ejercicio de dichas actividades, en términos similares a los de su precedente legislativo. Cabe destacar la simplificación de los diferentes regímenes en relación con las mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social. En ambos casos el objetivo es garantizar su solidez financiera y materializar su carácter diferencial como entidades sin ánimo de lucro, mediante la exigencia de políticas específicas de retorno a sus mutualistas y de gobierno corporativo.

El Título III regula el **ejercicio de la actividad**. En este sentido, se dispone la exigencia de un adecuado sistema de gobierno de las entidades, pues se parte de la base de que algunos riesgos sólo pueden tenerse debidamente en cuenta a través de exigencias en

materia de gobierno de las entidades y no a través de los requisitos cuantitativos. El sistema de gobierno incluye las funciones fundamentales de la gestión del riesgo, cumplimiento, auditoría interna y la función actuarial. Esta enumeración de funciones y su regulación no obsta para que cada entidad decida libremente la manera de organizarlas o decida articular otras funciones adicionales.

Por otro lado, se indica que la evaluación de la situación financiera de estas entidades ha de basarse en sólidos principios económicos y hacer un uso óptimo de la información proporcionada por los mercados financieros, así como de los datos disponibles sobre los riesgos asumidos. Desde esta perspectiva, los requisitos de capital de solvencia deben comportar dos niveles de exigencia: uno, el capital de solvencia obligatorio, variable en función del riesgo asumido por la entidad y basado en un cálculo prospectivo; el otro, el capital mínimo obligatorio, configurado como un nivel mínimo de seguridad por debajo del cual no deberían descender los recursos financieros.

Asimismo, con fines de transparencia, las entidades aseguradoras y reaseguradoras deben dar a conocer, mediante su puesta a disposición del público, al menos una vez al año, la información esencial sobre su situación financiera y de solvencia.

El Título IV se dedica a la **supervisión de las entidades aseguradoras y reaseguradoras**. Para la consecución del objetivo último de la protección de los tomadores, asegurados y beneficiarios, se busca conseguir una supervisión eficaz. Con esta premisa, se regula el conjunto de potestades y facultades que permitan a la autoridad supervisora tener a su disposición todos los medios necesarios para velar por el ejercicio ordenado de la actividad, incluidas las funciones o actividades externalizadas. Se regula en especial la supervisión por inspección. Asimismo, se establece que para garantizar la eficacia de la supervisión, las medidas adoptadas deben ser proporcionadas a la naturaleza y la complejidad de los riesgos inherentes a la actividad de las entidades.

El Título V se dedica a la **supervisión de grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras**. Como novedad declarada del APL respecto de la normativa anterior, se da un carácter más sustantivo, como sujetos supervisados, a los grupos integrados por este tipo de entidades, con el objeto de poder conseguir una perspectiva más sólida tanto sobre el grupo en su conjunto como sobre la situación financiera de las entidades que lo integren. La supervisión del grupo incluirá la evaluación de la solvencia del mismo, la de las concentraciones de riesgo y las operaciones intragrupo. Las entidades pertenecientes a un grupo deben contar también con un sistema de gobierno adecuado, que ha de estar sujeto a supervisión.

En el Título VI se establecen las **situaciones de deterioro financiero** y las **medidas de control especial**. Este apartado está destinado a los mecanismos de que se dota a la autoridad supervisora para afrontar las medidas a adoptar en caso de entidades en situación de deterioro financiero, como son el incumplimiento de las exigencias del capital de solvencia obligatorio o del capital mínimo obligatorio. Estas medidas se detallan junto con los procedimientos para su adopción.

En el Título VII se regula la **revocación de la autorización administrativa para operar**, así como la **disolución y liquidación de las entidades**, junto con sus respectivos procedimientos. En esta última materia, se aclara que las normas de liquidación son imperativas, se precisa el concepto de acreedor por contrato de seguro con privilegio especial y se reconoce a los mutualistas y cooperativistas los mismos derechos que a los socios de las sociedades de capital, y en especial el derecho de información y la participación en el patrimonio resultante de la liquidación.

El Título VIII contiene el **régimen de infracciones y sanciones**. En este campo se ajustan los tipos infractores a las nuevas exigencias de acceso y ejercicio a la actividad y se fijan con mayor precisión los límites de las sanciones en forma de multa, así como se incorporan precisiones sobre el procedimiento sancionador.

Finalmente, el texto contiene 13 disposiciones adicionales, 11 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cuatro finales

III. OBSERVACIONES

III.1. Consideraciones Generales

Para realizar un análisis adecuado del impacto sobre la competencia del contenido del APL, así como para encuadrar adecuadamente las distintas observaciones particulares que se van a realizar, de esta Comisión, resulta oportuno realizar una serie de observaciones generales sobre las características del sector de los seguros.

III.1.1. La justificación de las restricciones al acceso y ejercicio de la actividad

La actividad aseguradora se encuentra sometida a una intensa regulación. Las causas fundamentales de esta fuerte intervención regulatoria sobre la libertad de empresa y la autonomía privada de la actividad aseguradora son dos:

- La necesidad de asegurar la solidez y solvencia de las entidades que operan en el sector para hacer frente adecuadamente a la eventual materialización de los riesgos objeto de su actividad. Esta necesidad es tanto más importante en la

medida en que un fallo o colapso del sistema puede conllevar problemas a nivel macroeconómico similares a los del sector bancario.

- La necesidad de solucionar fallos de mercado en la relación asegurador-asegurado, en relación, en particular, con problemas de selección adversa, derivados de la falta de conocimiento exacto de los riesgos asumidos por el asegurador al contratar una póliza con el tomador, y con problemas de riesgo moral, derivados de la posible asunción de riesgos excesivos por el tomador una vez contratado un seguro. La presencia de este tipo de externalidades debe tenerse en cuenta porque, aunque no se abordan en este APL, sino en la normativa reguladora del contrato de seguro, también influyen sobre las condiciones de ejercicio de la actividad de las entidades aseguradoras.

Estas razones deben tenerse en cuenta a la hora de valorar el impacto sobre la competencia de las restricciones a la competencia que pudieran existir en este APL.

Así, **la regulación del APL contiene múltiples condicionantes del acceso al mercado** (que podrían operar como barreras de entrada) **y del ejercicio de la actividad** (limitaciones a la capacidad de autonomía de los operadores para organizarse y ofertar sus servicios). Por ejemplo, la autorización para iniciar la actividad está condicionada a numerosos requisitos, distintos para cada ramo de actividad, en lo relativo por ejemplo a forma jurídica, capital social, condiciones de aptitud y honorabilidad, etc. Las compañías aseguradoras y reaseguradoras también están sujetas a determinadas limitaciones y obligaciones de transparencia en la modelización actuarial de sus riesgos, el cálculo de sus provisiones técnicas, y el cálculo de sus fondos propios y capital de solvencia mínimo obligatorio de cara a la evaluación de dicha solvencia.

En general, estas limitaciones de la autonomía en la actividad de estas entidades están destinadas a reducir o eliminar la asunción de riesgos excesivos, y **resultan justificadas en atención a su necesidad y proporcionalidad**, sin perjuicio de que la gran complejidad técnica de muchos de estos requisitos dificulte la determinación precisa de dicha proporcionalidad en algunos casos.

Por otra parte, **la mayoría de estas restricciones trae causa de la Directiva Solvencia II que el APL transpone**. Esta Directiva pretende armonizar las condiciones de acceso y ejercicio en todo el Mercado Interior en el sentido de facilitar el libre establecimiento y la libre prestación de servicios, y establecer sólo las restricciones al acceso y ejercicio que resulten necesarias y justificadas, eliminando las que no lo estén. Por lo tanto, las restricciones que incluye el APL son, en su mayoría, reflejo de la

Directiva y no son atribuibles al legislador estatal, que cuenta con un limitado margen de maniobra y en muchos casos sigue estrechamente el contenido de la Directiva, incluso de manera literal. La Memoria de Análisis de Impacto Normativo justifica de manera pormenorizada, y en general adecuada, las opciones escogidas a la hora de transponer los distintos artículos.

III.1.2. Los potenciales efectos de la nueva regulación sobre la estructura del mercado

A lo anterior hay que añadir que **el impacto de la regulación sobre acceso y ejercicio de la actividad sobre la estructura del mercado no parece plantear, en términos generales, riesgos para la competencia**, habida cuenta de la actual estructura del mercado que puede inferirse de la información disponible sobre el sector y de los precedentes de la CNC y el extinto TDC¹.

El principal efecto previsible del APL sobre la actual estructura de la oferta, de acuerdo con el apartado de “impacto sobre la competencia” incluido en la Memoria de Análisis del Impacto Normativo del APL, sería un incremento de fusiones y adquisiciones en el sector como consecuencia de los nuevos requerimientos de capital de la Directiva de Solvencia II, efecto cuya intensidad dependerá del tamaño de las distintas aseguradoras. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ello tendría lugar sobre una estructura del mercado asegurador que presenta las siguientes características:

- Amplia oferta aseguradora. El informe de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones correspondiente a 2010 señala que el número de las entidades operativas inscritas en el Registro administrativo de entidades aseguradoras en España a 31 de diciembre de 2010 era de 287, de las cuales 285 eran entidades de seguro directo (195 sociedades anónimas, 35 mutuas y 55 mutualidades de previsión social) y las restantes 2 reaseguradoras. Con datos referidos al año 2009 el volumen de primas de seguro directo ascendió a

¹ Expedientes C-0272/10 Mapfre-Caixa Catalunya, Tarragona i Manresa / Ascat Vida-Ascat Seguros Generales- Caixa Tarragona Vida-Caixa Manresa Vida, C-0128/08 Cajasol / Caser, C-0066/08 Mpre / Caja Duero / Duero Vida / Duero Pensiones, N-07055 Mapfre Vida / Bankinter Vida, N-07046 Mapfre / CCM Vida y Pensiones, N-07036 Grupo Catalana Occidente / Altradius, N-05111 Mutua Madrileña Automovilista / Aresa, N-05072 Aegon /Caja de Ahorros de Badajoz / JV, N-03069 Seguros Catalana Occidente / Seguros Bilbao, N-03050 Mapfre Caja Madrid Holding / Musini.

59.108 millones de euros, de los que los seguros de vida representan una cuota de mercado del 46,36 % y los seguros de no vida cubren el 53,64% restante.

- Heterogeneidad en la configuración estructural de los operadores del sector. Junto a un considerable número de grandes empresas con una fuerte representación en todos los ramos del seguro, existen entidades aseguradoras dependientes de grupos bancarios y un elevado número de operadores de ámbito de actividad más reducido.

III.1.3. La regulación de la actividad supervisora por parte de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP)

La DGSFP ostenta amplias facultades supervisoras de las actividades de seguros. En el desarrollo que de estas facultades realiza el APL (con mucha más profusión que el actualmente vigente TRLOSSP), se alude a la supervisión financiera, la supervisión de “conductas de mercado”, que hace referencia al control de las pólizas y a la información puesta a disposición de los asegurados (el Ministro de Economía puede declarar “abusivas” ciertas prácticas que perjudican a los consumidores), supervisión por inspección, y supervisión de grupos de entidades aseguradoras y reaseguradoras, destinada fundamentalmente a garantizar que éstas cumplen con los adecuados requisitos de solvencia y capital.

En el análisis de estas facultades desde el punto de vista de la competencia, se ha prestado especial atención, al igual que en otros casos en los que se concretan las funciones de organismos reguladores, a la posibilidad de que estas atribuciones pueden interferir con el ejercicio y la eficacia de las funciones asignadas a las autoridades de competencia.

En general, el APL no supone riesgos en este sentido, dado **que el ámbito de las atribuciones de la DGSFP queda adecuadamente delimitado al objeto propio de su función supervisora**. También se reconoce explícitamente que su ejercicio se realizará *“sin perjuicio de las que ostenten otros organismos”*.

No obstante, **la redacción concreta de determinados preceptos del APL podría plantear alguna posible colisión** entre las competencias asignadas a la CNC y a la DGSFP/Ministro de Economía y Hacienda que resultaría conveniente evitar, tanto en lo referente al ejercicio de la actividad supervisora de las “conductas de mercado” por parte de estos últimos como a sus facultades de autorización de determinadas operaciones societarias. Se trata, en definitiva, de que no se entienda a partir de las redacciones literales en determinados puntos que las funciones supervisoras de la DGSFP/MEH colisionan o incluso anulan las funciones legalmente atribuidas a la CNC.

En el apartado sobre observaciones particulares del presente informe se proponen redacciones alternativas del texto del APL para minimizar tal riesgo.

III.1.4. Coherencia del APL con el Reglamento comunitario de exención por categorías en el sector de los seguros de marzo de 2010

El Reglamento (UE) Nº 267/2010, de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros prevé dos exenciones por categorías a la aplicación del art. 101 TFUE. Esta norma comunitaria, que sustituye a una de 2003,² mantiene las dos exenciones relativas a:

- La recopilación y distribución conjunta de información (en materia de determinados cálculos de coste medio de cobertura de riesgos y de elaboración de tablas) y de elaboración y difusión de estudios conjuntos (en materia de impacto de circunstancias generales externas a las empresas).
- La constitución y funcionamiento de agrupaciones de empresas de seguros y reaseguros para la cobertura conjunta de una determinada categoría de riesgos. El Reglamento establece, además, los requisitos para poder aplicar las exenciones correspondientes, así como las condiciones para evaluar la medida en que estas conductas han de estar exentas o no de la aplicación del artículo 101.1 TFUE.

Estas exenciones se justifican en la existencia de un fallo de mercado en la actividad aseguradora, motivado por los problemas de selección adversa que se derivan de las imperfecciones en la información con que cuentan las aseguradoras en relación con sus clientes. La inexistencia de información perfecta en relación el perfil de riesgo de los clientes de las aseguradoras puede generar ineficiencias en el mercado, lo que empeora la situación global de consumidores y empresas. A ello se le puede dar una respuesta razonablemente eficaz mediante la colaboración en la recopilación de datos,

² Este Reglamento viene a sustituir a su predecesor, el Reglamento (CE) Nº 358/2003, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. La evolución del mercado y la experiencia de la Unión Europea llevaron a considerar que debía reducirse el número de conductas exentas de la aplicación de la normativa general de defensa de la competencia. Por lo tanto, el nuevo Reglamento elimina determinadas exenciones para diversas conductas de coordinación horizontal entre competidores que estaban recogidas en el Reglamento previo de 2003.

la elaboración de estudios de mercado y la posibilidad de compartir datos entre operadores. Esto permite aplicar primas ajustadas al perfil de riesgo de cada cliente, así como el aseguramiento de una mayor cantidad de riesgos y de una forma más ajustada a su probabilidad estadística tanto de suceder como de magnitud.

En la evaluación por la CNC del APL se han detectado posibles inconsistencias entre la redacción de algunos preceptos con el Reglamento comunitario vigente que se considera que deben eliminarse, con objeto de evitar diferencias indeseables entre la aplicación del artículo 101 TFUE para las conductas de interés comunitario y el artículo 1 LDC para las conductas nacionales.

III.2.5. Regulación del seguro de decesos

El seguro de decesos es una modalidad cuya naturaleza y contenido se van a regular expresamente en nuestro ordenamiento jurídico mediante la futura Ley del Contrato de Seguro (LCS). También el APL ahora en cuestión incluye determinadas alusiones al seguro de decesos. En particular, el art. 23.1.19 APL establece: “*Seguro de decesos. Incluye operaciones de seguro que garanticen la prestación de servicios funerarios para el caso de que se produzca el fallecimiento, o bien subsidiariamente, cuando no se pueda realizar la prestación, el pago de la suma asegurada que no debe exceder del valor medio de los gastos funerarios por un fallecimiento*”.

Por su parte, el art. 123 dispone: “*En los seguros de asistencia sanitaria, dependencia y de decesos, las entidades aseguradoras garantizarán a los asegurados la libertad de elección del prestador del servicio, dentro de los límites y condiciones establecidos en el contrato.*

En todo caso, el asegurador deberá poner a disposición del asegurado, de forma fácilmente accesible, una relación de prestadores que garantice una efectiva libertad de elección”.

En relación con la regulación de este seguro, la CNC ha manifestado en el pasado determinadas preocupaciones relativas a conductas de las aseguradoras que, si bien no constituyen infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, pueden resultar perjudiciales para los consumidores al dificultar el cambio de póliza de una aseguradora a otra, generando bolsas de clientes cautivos para las aseguradoras y

desincentivando la competencia entre éstas para la captación de seguros de decesos de asegurados provenientes de otras aseguradoras³.

Con un ámbito más amplio, si bien parcialmente coincidente con estas preocupaciones del Consejo, los Ministerios de Economía y Hacienda y de Sanidad y Política Social publicaron un *Estudio sobre los Servicios Funerarios en España el pasado mes de junio de 2010*. En dicho informe, se plantean una serie de recomendaciones para garantizar la libertad de elección en caso de que se haya contratado un seguro de decesos, entre las que se incluían las siguientes:

1. Incorporar a la vigente reforma de la LCS:
 - La regulación de esta modalidad como seguro de personas y su configuración como un seguro de prestación de servicios.
 - La previsión de que la oposición a la prórroga del contrato sólo pueda ser ejercida por el tomador.
 - Determinados deberes de información para esta modalidad.
2. Consagrar un modelo de libre elección del prestador funerario por los familiares del fallecido-asegurado de una póliza de decesos, mediante:
 - La obligación de la aseguradoras de poner a disposición de sus asegurados la relación de prestadores funerarios de los que se sirven para cumplir las coberturas acordadas.
 - La posibilidad de que los familiares del asegurado fallecido decidan encomendar la prestación del servicio a un prestador distinto de los ofertados por el asegurador.
3. La exigencia de que todas las nuevas pólizas de seguros de decesos tuvieran capital o suma asegurada.
4. La obligación de las aseguradoras de devolver a los herederos legales de los asegurados fallecidos la diferencia entre el capital o suma asegurada garantizada y el coste de la totalidad de los servicios funerarios prestados.

³ En particular, vid. Resolución de archivo del Consejo de la CNC de 19 de julio de 2010, (Expte. S/0204/09 Seguros Decesos).

Sin perjuicio de la regulación de la futura LCS, que no es objeto del presente IPN, a partir de las redacciones de los arts. 23.1.19 y 123 del APL ahora objeto de informe se observa que se han recogido algunas de estas recomendaciones, por ejemplo el primer punto del apartado 2 o el apartado 4 de los anteriormente señalados. Igualmente, es de esperar que el futuro texto de la LCS acoja sin problemas el contenido del apartado 1. Sin embargo, se aprecia que otras recomendaciones no se han recogido de una manera tan clara en el articulado del APL: es el caso de la previsión expresa de que los familiares del asegurado fallecido decidan encomendar la prestación a un prestador distinto de los ofertados por el asegurador (los límites y condiciones de la libertad de elección los establece el contrato, de acuerdo con el art. 123 APL), y de la exigencia de que se concrete el capital o suma asegurada en las nuevas pólizas de seguros de decesos (suma que se devolverá en el supuesto de que no se pueda realizar la prestación, pero que también resultaría útil conocer para facilitar el cambio de aseguradora).

La CNC considera positivo que se incorporasen finalmente estos elementos al articulado del APL o bien en al de la futura Ley del Contrato de Seguro, junto al fomento, a nivel normativo, de la suscripción de modalidades de póliza que faciliten una competencia activa en la captación de asegurados mediante políticas comerciales de respeto a los derechos adquiridos conforme a la póliza vigente con otra aseguradora (por ejemplo permitiendo un fácil traslado del capital asegurado de una aseguradora a otra). Ello eliminaría barreras al cambio de operador de manera sustancial y contribuiría a fomentar la competencia entre las prestadoras de este seguro. También repercutiría positivamente en las condiciones de competencia en la prestación de servicios funerarios, no sólo en precios sino también en calidad.

III. 2. Observaciones al articulado

Aunque la mayoría de las restricciones identificadas en el análisis del APL se pueden entender justificadas y en todo caso acordes con la Directiva Solvencia II, como antes se ha mencionado, se señalan a continuación las que podrían considerarse potencialmente problemáticas, que afectan a los siguientes aspectos desarrollados en el apartado anterior de este informe.

III.2.1. Acceso y ejercicio de la actividad

Artículo 33. Honorabilidad y aptitud de quienes realizan la dirección efectiva o desempeñen funciones que integran el sistema de gobierno de la entidad.

El artículo 42 de la Directiva establece la necesidad cumplir ciertos requisitos de aptitud y honorabilidad a personas que dirijan de manera efectiva la empresa o desempeñen

otras funciones fundamentales. Esta previsión se transpone a través del artículo 33 del APL, que concreta en qué consistirán los requisitos de honorabilidad y aptitud para aquellos que ostenten cargos de administración o dirección en entidades aseguradoras y reaseguradoras.

En el caso de los requisitos de aptitud, el apartado dos del artículo 33 los concreta en cualificación profesional y experiencia profesional. La primera se presupone en aquellas personas que hayan obtenido un título superior universitario en ciencias jurídicas, económicas, actuariales y financieras, administración y dirección de empresas o en materia específica de seguros privados. En relación con el requisito de experiencia, se requiere haber desempeñado durante un plazo no inferior a cinco años funciones de alta administración, dirección, control o asesoramiento de entidades financieras sometidas a regulación y supervisión 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 en cuya dirección efectiva pretenda participar. Dichos requisitos ya aparecían enunciados de forma similar en el artículo 15 del TRLOSSP.

En relación con el impacto sobre la competencia de tales requisitos de aptitud (en términos de acceso a cargos de dirección o administración), corresponde valorar en primer lugar la posibilidad de que dichas funciones pudieran ser desempeñadas por profesionales titulados en otras disciplinas que sin embargo acrediten una formación adecuada para ocupar dichos cargos. Así, puede darse el caso de profesionales titulados en otras disciplinas no contenidas en el mencionado art. 33 del APL artículo que cuenten con una formación complementaria adecuada que les permita sobradamente desempeñar adecuadamente dichos puestos, o que sin contar con dicha formación complementaria hayan acreditado a través de su experiencia profesional los suficientes conocimientos al respecto. Este podría ser el caso de profesionales con una formación de ciencias pero con una experiencia profesional dilatada en el ámbito asegurador y reasegurador, o que en su momento hubieran cursado estudios complementarios en alguna escuela de negocios con un prestigio contrastado que sin embargo no llevara a la obtención de un título superior universitario.

En este sentido, **se recomienda ampliar el catálogo de posibles disciplinas y experiencia que, por sí solas o en conjunción, permitan acceder al ejercicio de cargos de administración y dirección. En su defecto, se propone la inclusión del siguiente precepto dentro del apartado 6 del artículo 33:**

“La DGSFP podrá, de forma motivada, autorizar para el ejercicio de los cargos de administración o dirección a profesionales del sector

asegurador o reasegurador que no satisfagan plenamente los requisitos de cualificación profesional contenidos en el apartado 3 de este artículo”.

Artículo 53. Condiciones de acceso a la actividad en régimen de derecho de establecimiento.

En la regulación de las condiciones para la apertura de una sucursal en España de entidades aseguradoras domiciliadas en otros Estados miembros en régimen de derecho de establecimiento, el apartado primero de este artículo posibilita que la DGSFP pueda indicar a la autoridad supervisora del Estado miembro de origen las condiciones en las que, por razones de interés general, deberá ser ejercida la actividad en España. Dicha posibilidad trae causa del artículo 146.3 de la Directiva, a cuya redacción parece acomodarse aquél de manera precisa.

Sin embargo, se considera oportuno establecer determinadas cautelas adicionales para impedir que dicho artículo pueda amparar la adopción de medidas que mermen las condiciones de competencia existentes en el mercado entre operadores nacionales y comunitarios.

- Por ello, se recomienda en primer término **acotar en mayor medida las razones de interés general que puedan justificar la exigencia de estas condiciones**. El concepto de razón imperiosa de interés general ha sido concretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en el caso que nos ocupa vendría referido a aspectos como la protección de los derechos de los destinatarios de los servicios, las exigencias de buena fe en las transacciones comerciales o la lucha contra el fraude.
- En segundo término, **debe garantizarse que las condiciones impuestas** a los prestadores de servicios en régimen de derecho de establecimiento de entidades aseguradoras y reaseguradoras domiciliadas en otros Estados miembros **no difieran de las exigidas a las entidades nacionales**, evitándose así que los niveles de competencia puedan verse resentidos.

Por todo lo anterior, **se recomienda la siguiente redacción para el primer párrafo de dicho apartado:**

“Antes de que una sucursal en España de una entidad aseguradora domiciliada en otro Estado miembro se establezca y comience a ejercer su actividad en régimen de derecho de establecimiento, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones podrá indicar a la autoridad supervisora del Estado miembro de origen las condiciones en las que, por razones

imperiosas de interés general, deberá ser ejercida la actividad en España. Dichas razones imperiosas de intereses general se limitarán a las definidas e interpretadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en cualquier caso serán análogas a las exigidas para entidades aseguradoras domiciliadas en España”.

III.2.2. Delimitación de los ámbitos de la actividad supervisora del MEH/DGSFP y de la CNC

Facultades de autorización de operaciones que pueden constituir operaciones de concentración (artículos 101, 104.1 c), 110.1 (el cual remite al 104.1 c), 112.1 y 113.2).

Dentro de las operaciones societarias entre entidades aseguradoras, existen diversos ámbitos en los que han de intervenir, a la hora de supervisar y/o autorizar determinadas operaciones, el Ministro de Economía y Hacienda o bien la DGSFP (como consecuencia de sus facultades supervisoras) y la CNC (en caso de que las mencionadas operaciones constituyan concentraciones económicas sujetas a autorización de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia). Este podría ser el caso de la adquisición de participaciones significativas, las cesiones de cartera o determinadas operaciones societarias de carácter estructural.

Para que el texto del APL no resulte equívoco en tal sentido, **sería conveniente distinguir expresamente ambas funciones públicas de intervención**, de manera que no pueda existir duda sobre lo que supone cada autorización y a qué ámbito le corresponde la decisión. Tal clarificación es especialmente relevante si se tiene en cuenta que, en sede de control de concentraciones de la CNC, el único órgano que puede modificar la decisión de la CNC de prohibir una concentración es el Consejo de Ministros, en atención a razones tasadas de interés general (arts. 60 y 10 de la LDC, respectivamente).

En particular, esta cautela guarda relación con los siguientes artículos del APL, en los que, de manera individual o conjunta, conviene eliminar todo riesgo de que se pueda entender que un pronunciamiento del Ministro en relación con una operación de concentración permite entender aprobada tal operación soslayando la autorización de la CNC:

- Artículo 101: en el procedimiento de evaluación de la adquisición de participaciones significativas interviene la DGSFP.

- Artículo 104.1 c): la cesión de cartera entre entidades aseguradoras españolas deberá ser autorizada por el Ministro de Economía y Hacienda.
- Artículo 110.1: la fusión de entidades aseguradoras ha de ser también autorizada, puesto que el artículo remite al 104.1.
- Artículo 112.1: contiene la posibilidad excepcional de que el Ministro de Economía y Hacienda autorice la transformación, fusión y escisión de entidades aseguradoras en supuestos distintos a los previstos en materia de operaciones societarias.
- Artículo 113.2: contiene la posibilidad excepcional de que el Ministro de Economía y Hacienda autorice, bajo determinadas circunstancias, uniones temporales de empresas en las que se integren entidades aseguradoras o reaseguradoras con otras.

En consecuencia, **se considera conveniente**, en los casos indicados, **introducir** en la redacción de aquellos preceptos, o bien con carácter general aplicable a todos los casos, **un inciso del siguiente tenor**:

“Cuando esa(s) operación(es) pueda(n) constituir, a su vez, (una) operación(es) de concentración económica, la decisión sobre la autorización se adoptará sin perjuicio de lo previsto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, en relación con el control de concentraciones económicas, así como en las disposiciones comunitarias aplicables”.

Se entiende que esta inclusión es consistente con la dicción del art. 72.7 del vigente Reglamento de Supervisión de Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto 2486/1998, de 20 noviembre, precepto que fue introducido por el Real Decreto 1298/2009, de 31 de julio⁴. Se trataría, en esta ocasión, de realizar tal remisión en la norma legal directamente.

⁴ Tal precepto dispone: “Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de concentraciones económicas. En concreto, si la operación de fusión supera los umbrales previstos en el artículo 8.1.a o b. de la Ley 15/2007, de 3 de julio, los partícipes habrán de notificar la operación en los términos previstos en el artículo 9 de la citada Ley, comunicando al mismo tiempo a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones esta notificación. Consecuentemente, el procedimiento previsto en este artículo se suspenderá hasta la terminación del procedimiento eventualmente iniciado por la Comisión Nacional de la Competencia o, en su caso, hasta el levantamiento de la suspensión de acuerdo con el artículo 9.6 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

Art. 149. Contenido de la supervisión de las conductas de mercado.

El artículo 149 APL regula el contenido de la supervisión de conductas de mercado, al disponer que *“la supervisión de las conductas de mercado velará por la transparencia y el desarrollo ordenado del mercado de seguros, la libertad de los asegurados para decidir la contratación de los seguros y, en general, la protección de los asegurados, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines...”*. A continuación señala que *“el Ministro de Economía y Hacienda podrá fijar normas de transparencia y declarar abusivas determinadas prácticas”*.

Dada la evidente colisión de esta redacción con la literalidad del artículo 2 LDC, se demanda una clara delimitación entre el ejercicio de esta facultad y las competencias antitrust asignadas en exclusiva a las autoridades de competencia. En este sentido, y en particular a la vista de que el precepto se incardina dentro de la llamada “supervisión de las conductas de mercado”, lo que podría dar lugar a potenciales confusiones en atención al objeto de dicha facultad del Ministro (fundamentalmente, la protección del asegurado), se propone añadir la siguiente afirmación al texto de este precepto: *“Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posible calificación de tales prácticas como restrictivas de la competencia por parte de las autoridades de competencia. con arreglo a los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia”*.

III.2.3. Coherencia del APL con el REC comunitario del sector seguros

Los objetivos del *Reglamento (UE) 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros* son, de conformidad con el considerando nº 5 del Reglamento, *“garantizar la protección efectiva de la competencia a la vez que beneficiar a los consumidores y ofrecer una seguridad jurídica adecuada a las empresas”*.

Es por ello que, además de establecer en sus artículos 2 y 5 las exenciones por categorías relativas a intercambios de información a efectos del cálculo de riesgos y a la constitución y funcionamiento de agrupaciones de empresas de seguros y reaseguros para la cobertura conjunta de una determinada categoría de riesgos, antes mencionadas, introduce ciertas cautelas y condiciones en las colaboraciones permitidas, definiendo con precisión los casos en que se permiten las conductas a que se refieren dichos artículos.

Como fundamento de estas exenciones, el considerando nº 9 del Reglamento afirma que: *“La colaboración entre empresas de seguros o en el seno de asociaciones de empresas para recopilar información... permite mejorar el conocimiento de los riesgos y facilita su evaluación por las distintas empresas. Esto puede facilitar, a su vez, la entrada en el mercado y beneficiar, por tanto, a los consumidores. Lo mismo ocurre con los estudios conjuntos sobre el probable impacto de circunstancias externas que pueden incidir en la frecuencia o el alcance de los siniestros o en la rentabilidad de distintos tipos de inversiones. Con todo, es necesario garantizar que dicha colaboración solo quede exenta en la medida en que sea indispensable para alcanzar estos objetivos... El intercambio de información que no sea necesario para lograr los objetivos establecidos en este considerando no debe estar cubierto por el presente Reglamento.”*

En particular, en materia de recopilación y difusión conjunta de información y realización de estudios, **el Reglamento comunitario establece claramente que la información que se puede compartir es la relativa a los datos estadísticos y los estudios de circunstancias generales ajenas a las empresas a partir de los cuales las empresas calcularán individualmente sus riesgos y el resto de elementos determinantes de su estructura de costes**, y en consecuencia las tarifas aplicables. A diferencia de la norma que viene a sustituir (en cuyo espíritu se basa la norma interna sectorial aplicable vigente en la actualidad, el art. 25 TRLOSSP), el nuevo Reglamento comunitario no permite intercambios de información del resultado de tales ejercicios, los cuales han de realizar individualmente los operadores. Además, como indica expresamente la norma en su parte expositiva, *“las recopilaciones, tablas o estudios en cuestión no deben ser vinculantes y han de tener un carácter meramente orientativo”*.

Partiendo de lo anterior, la CNC considera que el texto del APL que desarrolla estas cuestiones está redactado en términos demasiado laxos e inconcretos que no evitan posibles riesgos de inconsistencia con la normativa comunitaria.

En particular:

Artículo 114. Tarifas de primas y bases técnicas.

En este precepto, se dispone que *“las tarifas de primas responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas comunes”*. Sin embargo, de acuerdo con el Reglamento comunitario, la información que se puede poner en común son las estadísticas, no las tarifas, que deben determinarse individualmente por parte de los operadores.

Para evitar riesgos de interpretación, y sin perjuicio de que la anterior redacción es la que consta en el actual art. 25.3 TRLOSSP, se propone la siguiente modificación de este artículo:

“Las tarifas de primas responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros sin que, a estos efectos, tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia la utilización de estadísticas comunes, por parte de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, para la elaboración individual de sus tarifas de primas de riesgo, siempre y cuando dichas estadísticas se elaboren de conformidad con los requisitos para la exención de la aplicación de las normas sobre acuerdos restrictivos de la competencia previstos en el Reglamento (UE) Nº 267/2010, de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, o en las normas que sustituyesen a éste”.

Artículo 124. Cesión de datos de carácter personal

Este artículo, similar al actual 23.4 TRLOSSP, permite explícitamente la cesión entre entidades de todos los datos de clientes, sin el consentimiento de éstos. Sin embargo, la redacción del precepto, no descarta la posibilidad de intercambios de información sobre resultados de los ejercicios de evaluación de los datos, al prever que:

“Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes que contengan datos de carácter personal para la liquidación de siniestros y la colaboración estadística actuarial para permitir la tarificación y selección de riesgos y la elaboración de estudios de técnica aseguradora”.

De manera análoga al caso anterior, y para eliminar toda posible confusión en relación con el ámbito del Reglamento citado, se propone el siguiente cambio de redacción:

“Las entidades aseguradoras podrán establecer ficheros comunes que contengan datos de carácter personal para la liquidación de siniestros, la elaboración de estudios de técnica aseguradora, y la colaboración estadística actuarial destinada a la determinación individual de la tarificación y selección de riesgos, siempre y cuando tales ficheros se elaboren de conformidad con los requisitos para la exención de la aplicación de las normas sobre acuerdos restrictivos de la competencia previstas en el Reglamento (UE) Nº 267/2010, de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, o en las normas que sustituyesen a éste ”.