



Los Fondos de Garantía en el ordenamiento jurídico español

Equipo Técnico de ADICAE

A lo largo de la historia la mayoría de los países han experimentado periódicamente episodios más o menos intensos de crisis bancarias. No ha de extrañar, por tanto, que hayan sido consideradas consustanciales a la actividad bancaria. Sin embargo, siguen resultando desconocidas las causas que las provocan. Factores como una alteración en la situación económica y la incorrecta gestión de los directivos, son, indudablemente elementos explicativos.

La historia de las crisis bancarias es también la de los intentos por evitar su repetición como sus efectos más negativos. La ampliación y mejora de los niveles de información suministradas a la clientela, la regulación y supervisión de actividades bancarias y la intervención de las autoridades como prestamistas son algunas de las propuestas formuladas.

Dentro de esta problemática merece especial atención, el conocer cómo el ordenamiento jurídico hace frente a las situaciones de crisis económica de las entidades de crédito. La finalidad esencial de este artículo es dar a conocer el régimen del Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios.

Esta institución jurídica ha venido a cubrir una necesidad siguiendo el ejemplo de otros países de nuestro entorno. A raíz del proceso de liberalización y desregulación que en mayor o menor medida se ha producido en todos los países avanzados la figura del seguro de depósitos ha pasado a ocupar una posición relevante en el nuevo ordenamiento financiero como contrapeso a posibles mayores riesgos. La Comunidad Europea, en su proceso de armonización legislativa, deberá llegar a un consenso sobre la forma que debe adoptar un Fondo de Garantía de Depósitos uniforme para todas las entidades financieras presentes en el mercado europeo, ya que hasta

el momento sólo existe una Recomendación de la Comisión Europea sobre el mismo.

Antes de entrar en el estudio específico del régimen de Fondo de Garantía de Depósitos bancarios, conviene señalar que la moderna regulación bancaria tiende específicamente a que la situación de insolvencia de una entidad de crédito no se produzca. La razón de esta finalidad es evidente. Las entidades de crédito, tienen una actividad singular basada en la confianza. Reciben, de ordinario mediante depósitos, crédito de multitud de clientes para simultáneamente conceder crédito a otros clientes. Es evidente, que captación de pasivo - como se dice en la jerga bancaria - es una de las preocupaciones fundamentales de los bancos ya que ese pasivo - esos créditos que reciben - es la materia prima para poder conceder a su vez créditos a sus clientes. Toda la operativa del negocio se sustenta en la esperanza de que los créditos que el banco recibe, no sean reclamados por todos los depositantes en un momento determinado pues ello entrañaría la ruina del banco, que ha concedido créditos a un interés elevado, pero de los que no puede disponer en forma inmediata. La solvencia del banco se basa, pues, en la confianza del cliente; en su convicción de que podrá disponer de su crédito, esto es, de su dinero cuando quiera.

El Fondo como seguro de los depositantes

Fue en 1977, y mediante dos Reales Decretos, que se crearon los Fondos de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros y Bancos. Nos referimos a los Reales Decretos 3047 y 3048 de 11 de Noviembre 1977 publicados en el Boletín Oficial del Estado de 26 de Noviembre del mismo año.

La Federal Deposit Insurance Corporation norteamericana ha sido el modelo de referen-



cia obligado para todos los países a la hora de instrumentar in esquema de seguro de depósitos. El caso español no ha sido una excepción en este punto.

El Fondo de Garantía de Depósitos español tiene como objeto según declara la normativa antes citada "no simplemente garantizar los depósitos en caso de suspensión de pagos o quiebra de entidad, sino que pueda contribuir de manera importante a reforzar la solvencia y funcionamiento de los bancos.". Estos dos fines son, por supuesto diversos, pero complementarios entre sí. La protección del depositante es una preocupación que está presente en los dos fines indicados. Resumiendo y para precisar las funciones que cumple desarrollar al Fondo son:

a) La primera consiste en ofrecer una garantía concreta a los depositantes en el supuesto de que la entidad de crédito caiga en suspensión de pagos o quiebra. La cobertura queda fijada en 20.000 euros. Lo que quiere decir que la cantidad que exceda de esa cifra, el depositante podrá insinuarla como crédito en la suspensión de pagos o quiebra del banco.

b) El Fondo tiene otra función, tal vez más importante, que consiste en evitar que el banco pueda caer en un procedimiento concursal, para lo cual va a colaborar en la superación de la crisis económica de la entidad bancaria. El caso Banco Español de Crédito es una muestra palpable de esta función del Fondo de Garantía de Depósitos.

Fondo de Garantía de Inversiones

El escándalo financiero de GESCARTERA motivó que el Gobierno cumpliera con una obligación que tenía pendiente y creara un Fondo de Garantía de Inversores (FGI). La reforma de la Ley del Mercado de Valores de 1998 traspuso a nuestro ordenamiento la obligación de crear un Fondo de Garantía de Inversores, no siendo desarrollada por Reglamento hasta agosto del año 2001 mediante la aprobación del Real Decreto 948/2001, de 3 de agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores.

Efectivamente, El artículo 77 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción dada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la mencionada Ley, regula la nueva figura del Fondo de Garantía de Inversiones, incorporando al ordenamiento jurídico español la Directiva 97/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de marzo, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores.

Al mismo tiempo, la Ley 37/1998, en su disposición adicional decimotercera, introduce las modificaciones pertinentes en el Real Decreto-ley 18/1982, de 24 septiembre, relativo a los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito, con el fin de que tales fondos puedan también prestar la garantía a los inversores en relación con los servicios de inversión que reciban de las entidades de crédito, ya que éstas pueden realizar tal actividad desde el inicio del año 2000.

Es este Real Decreto 948/2001 el que permite y regula la creación y funcionamiento del Fondo de Garantía de los Inversores, el cual ofrecerá a los clientes de sociedades de inversión y cartera la posibilidad de recuperar su dinero si la entidad se declara en quiebra o suspensión de pagos o la Comisión Nacional del Mercado de Valores considera que no puede cumplir con sus clientes. Estos Fondos de Garantía de Inversiones tendrán carácter obligatorio aunque se prevé la posibilidad de que las sociedades y agencias de valores de los miembros de una Bolsa de Valores creen otro fondo de carácter voluntario. El objeto del presente Real Decreto es desarrollar reglamentariamente los mencionados preceptos, al amparo de la habilitación legal que en ellos mismos se contiene.

En el marco de las previsiones legales, se ha optado por crear un Fondo de Garantía de Inversiones de carácter obligatorio y prever la posibilidad de que las sociedades y agencias de valores miembros de una Bolsa de Valores creen otro fondo de carácter voluntario.

Ante la variedad de fondos previstos, se ha adoptado la terminología genérica de sistemas de indemnización de los inversores, cuya común finalidad es ofrecer a los inversores una cobertura cuando no puedan obtener de una empresa de inversión o de una entidad de crédito el reembolso de las cantidades de dinero o la restitución de los valores o instrumentos financieros que les pertenezcan y que aquéllas tuvieran en depósito con motivo de la realización de servicios de inversión.

La cobertura de los fondos se extiende al dinero y a los valores que los clientes hubieran confiado a las empresas para realizar servicios de inversión, pero no alcanzará a las pérdidas de valor de la inversión o a cualquier riesgo de crédito.

El desencadenante para poder exigir la cobertura es que la empresa de servicios de



inversión sea declarada insolvente, ya sea por vía judicial, en los supuestos de suspensión de pagos y de quiebra, o por vía administrativa, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Como el objetivo de los fondos es, principalmente, el de proteger al inversor no profesional, se excluyen de la cobertura el dinero o los valores que procedan de inversores que se consideran profesionalmente cualificados, como lo son todo tipo de entidades financieras. También se determinan el importe garantizado y el límite cuantitativo de la indemnización, que, de conformidad con la normativa comunitaria, se fija en 20.000 euros.

Cabe destacar que los fondos se nutrirán, exclusivamente, con aportaciones de las entidades adheridas, que se fijarán en función del número de clientes y de los capitales depositados o registrados, aunque se les permite la posibilidad de concertar préstamos.

Objeto del Real Decreto 948/2001

Según indica el capítulo I del R. D. 948/2001, los FGI se constituirán como patrimonios separados, sin personalidad jurídica y cuya representación y gestión se encomendará a una sociedad gestora. Se establece como objeto de dichos fondos la regulación de los sistemas de indemnización de los inversores con la finalidad de ofrecer a los inversores una cobertura cuando no puedan obtener de una empresa de inversión o una entidad de crédito el reembolso de las cantidades de dinero o la restitución de los valores o instrumentos financieros que les pertenezcan y que aquéllas tuvieran en depósito con motivo de la realización de servicios de inversión o de la actividad complementaria de depósito y registro de valores o instrumentos financieros.

En lo que a los sistemas de indemnización se refiere, se establecen dos:

- El primero de ellos se instrumenta mediante uno o dos Fondos de Garantía de Inversiones, de nueva creación, para las sociedades y agencias de valores, así como

para las sucursales en España de empresas de servicios de inversión extranjeras.

- El segundo, se instrumenta mediante los Fondos de Garantía de Depósitos en entidades de crédito existentes.

Creación y régimen de los Fondos de Garantía de Inversiones

En cuanto a la creación y régimen de los fondos decir que, será obligatoria la creación y adhesión de las sociedades y agencias de valores a un Fondo de Garantía de Inversiones. Una vez creado el fondo previsto, las sociedades y agencias de valores miembros de una bolsa de valores, cuando así lo acuerden y se adhiera un número suficiente de entre ellas, podrán crear un segundo Fondo de Garantía de Inversiones que las agrupe. Tendrán la obligación de adherirse aquellas empresas de servicios de inversión contempladas en el artículo 64.1 de la Ley del Mercado de Valores, con excepción de las Sociedades Gestoras de Carteras.

Centrándonos en el ámbito territorial del Real Decreto 948/2001 y su cobertura garantizada, establecer que será aplicable a las actividades realizadas por las empresas de inversión adheridas a alguno de los fondos previstos en esta norma y que están relacionadas en el artículo 4 de dicho RD; destacando de este artículo el párrafo 2, que establece que el fondo cubrirá la no restitución por parte de sus entidades adheridas, como consecuencia de una situación de insolvencia de las previstas en el artículo 5 del Real Decreto al que ya nos hemos referido, del dinero o de los valores o instrumentos financieros vinculados a las actividades mencionadas en el párrafo primero del artículo 4, no alcanzando dicha cobertura a las pérdidas del valor de la inversión o cualquier riesgo de crédito.

Subrogación del fondo de Garantía de inversiones. Plazos de indemnización

Atendiendo al pago de las cantidades es imprescindible, hacer alusión al tema de la subrogación, ya que por el mero hecho del pago de las cantidades garantizadas, el fondo



se subrogará en los derechos que los inversores ostenten frente a la empresa de servicios de inversión, hasta un importe igual a la cantidad que les hubiese sido abonada con indemnización, bastando como título el documento en que conste el pago.

Los fondos satisfarán en metálico las indemnizaciones a los inversores cuyo derecho haya sido comprobado dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la declaración de incumplimiento a la que se refiere el artículo 5 de este Real Decreto. Cuando las sociedades gestoras de los fondos prevean que éstos no pueden efectuar los pagos en el plazo establecido, podrán solicitar a la CNMV la concesión de una prórroga no superior a tres meses, indicando las razones de la solicitud. La CNMV podrá autorizarla cuando aprecie que concurren motivos excepcionales que justifiquen el retraso. Transcurrido el plazo de pago de tres meses, y en su caso, el plazo prorrogado previsto en el apartado anterior, los inversores dispondrán de un plazo adicional de tres meses para reclamar a la sociedad gestora, aunque ya lo hubieran hecho con anterioridad, la indemnización de sus derechos que consideren que no han sido adecuadamente atendidos. Sin perjuicio del transcurso de estos plazos, los inversores, siempre que lo soliciten motivadamente, podrán presentar la reclamación anterior en un plazo superior al visto anteriormente. En todo caso, los importes no satisfechos tras los plazos anteriores quedarán en los fondos a disposición de sus titulares, sin perjuicio de su prescripción con arreglo a derecho.

Para garantizar la disponibilidad del dinero de las indemnizaciones las entidades adheridas a los Fondos de Garantía de Inversiones, es decir todas las entidades españolas y las sucursales extranjeras que no participen en un sistema equivalente en su país, deberán realizar una participación anual al fondo al que estén adheridas equivalente al 2 por 1.000 del dinero que manejen en las cuentas de sus clientes, más el 0,1 por 1.000 del montante de los valores depositados. Cuando la sociedad gestora de un fondo prevea que los recursos patrimoniales y

financiaciones disponibles por éste en el curso de un ejercicio sean insuficientes para el cumplimiento de sus funciones u obligaciones, requerirá a las entidades adheridas a aquél la realización de las derramas necesarias para subsanar el correspondiente desequilibrio financiero o patrimonial.

En el marco de las previsiones legales, se recoge la posibilidad de que las sociedades y agencias de valores miembros de una Bolsa de Valores creen otro fondo de carácter voluntario, por lo que el Real Decreto establece que las sociedades y agencias de valores ya adheridas a los Fondos de Garantía de Inversión, una vez que adquierán su nuevo status podrán optar en su adhesión por cualquiera de los dos fondos que, en su caso, se hayan creado.

Necesidad de cambios

Las cifras recientes sobre riqueza financiera de las familias y, en particular, el volumen de depósitos, exigen una elevación del importe total garantizado. Efectivamente, según datos del Boletín Estadístico del Banco de España, a 31 de marzo de 2003, las cantidades depositadas-- repartidas entre depósitos a la vista, a plazo y de ahorro-- se elevaban a las siguientes cantidades:

- Depósitos totales en Banca Privada: 243.243 millones de Euros.
- Cajas de Ahorro: 315.438 millones de Euros.
- Cooperativas de Crédito: 40.284 millones de Euros.

Por su parte, la riqueza financiera de las familias en cuanto a valores distintos de acciones, ascendió durante el año 2002 a 19.443 millones de Euros. En cuanto a Acciones y participaciones en fondos de Inversión, la cifra ascendió a 370.820 millones de Euros.

La necesidad, por tanto, de ampliar el límite de cobertura de los fondos de garantía tendría su lógica consecuencia si nos atenemos a estos datos, que nos hablan de unos hogares cuyos depósitos e inversiones han crecido de forma apreciable en los últimos años.





Regímenes de garantía de seguros

(Extractos de Documento de discusión para la tercera reunión del Grupo de Trabajo - enero de 2003)

En noviembre de 2001 el Comité de Seguros acordó la creación de un grupo de trabajo de la Comisión con el objetivo de examinar los problemas que surgen de la falta de armonización de los regímenes de garantía de seguros.

Solamente algunos Estados miembros tienen actualmente regímenes de garantía de seguros y que el alcance de la cobertura de los sistemas existentes varía muchísimo de un país a otro. En caso de liquidación de una empresa de seguros, esta ausencia de armonización lleva a la falta de protección para un gran número de asegurados, a diferencias y a solapamientos en la cobertura de los sistemas y a la ausencia de un tratamiento equivalente entre los acreedores de seguros. Esta situación podría también afectar a la igualdad de condiciones entre las empresas de seguros en los diversos Estados miembros y entre el sector de los seguros y los demás sectores financieros.

Por otra parte, el Grupo de Trabajo también ha estudiado diversos problemas que podrían surgir de la existencia de sistemas de garantía, tales como el "riesgo moral" para asegurados, aseguradores y supervisores, y el coste de financiación del sistema para el sector. En lo que respecta al "riesgo moral", ninguna delegación ha proporcionado pruebas de que la existencia de sistemas de garantía en los sectores bancario y de valores, o cuando existen, en el sector de los seguros, haya creado problema alguno. Esta cuestión parece ser más teórica que real, especialmente cuando el funcionamiento del sistema implica una cantidad máxima de cobertura.

En relación con la financiación del sistema, no se ha observado ningún aumento sustancial de las primas en los Estados miembros a causa de la creación de los sistemas de garantía. Por otra parte, los Estados miembros con sistemas han financiado mecanismos con el fin de evitar cargas injustas para las compañías de seguros bien gestionadas. Estas observaciones apoyan la opinión de la Comisión de que los sistemas de garantía son mecanismos de transferencia, en el caso de quiebra de las empresas de seguros, sin costes económicos adicionales para la sociedad en su conjunto. Por último, la UE tendrá pronto 25 miembros. Los sistemas de garantía pueden ayudar a reforzar la confianza entre supervisores, que es la

base del reconocimiento mutuo y del control por parte del país de origen.

Se consideraron cuatro posibles opciones para una iniciativa comunitaria en este campo y, en especial, se han examinado las siguientes posibilidades:

A) Permanecer en la situación actual de ausencia de armonización.

B) Establecimiento de principios no vinculantes (recomendación).

C) Adopción de un instrumento jurídico vinculante que asegure un planteamiento del Estado miembro de origen, con el reconocimiento mutuo de sistemas nacionales y la armonización de normas esenciales. Éste era el mismo planteamiento seguido en las Directivas aprobadas hace algunos años en los sectores bancario (Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantía de depósitos 1) y de valores (Directiva 97/9/CE relativa a los sistemas de indemnización de los inversores 2)

D) Establecimiento de un sistema armonizado completo igual para toda la UE.

La mayor parte de las delegaciones en el Grupo de Trabajo consideraron la opción C) anterior, basada en un instrumento vinculante que asegure en esta fase el reconocimiento mutuo de sistemas nacionales y la armonización de normas mínimas como la "opción de trabajo" más apropiada. Incluso las delegaciones que se oponen actualmente a la creación de sistemas de garantía de seguros han aceptado explorar este planteamiento y examinar los problemas potenciales que se derivan de la falta actual de armonización.

Obligación de establecer un sistema de garantía/un reconocimiento mutuo de sistemas nacionales

Para asegurar la estabilidad de las empresas de seguros y proporcionar protección a los asegurados y otras categorías de posibles demandantes en el sector de los seguros, además de las normas prudenciales existentes y futuras en el área de la solvencia, una iniciativa de armonización a nivel comunitario debe prever la existencia del sistema de garantía como herramienta extrema de intervención.



Obviamente ningún sistema de supervisión puede proporcionar protección completa. Para mantener la confianza en el sistema de seguros, parece útil introducir un marco armonizado de sistema de garantías, especialmente después de la aprobación para el sector de los seguros de la Directiva 2001/17/CE 3 de 19 de marzo de 2001 relativa al saneamiento y a la liquidación de las empresas de seguros. El régimen previsto en el artículo 10 de dicha Directiva no garantiza la compensación efectiva cuando los activos de la empresa de seguros no son suficientes para pagar a los asegurados. El proceso tampoco es rápido.

Los servicios de la Comisión opinan que el punto de partida tendría que ser la obligación de los Estados miembros de crear uno o más sistemas de garantía en sus territorios y el reconocimiento mutuo de los sistemas nacionales creados por los demás Estados miembros.

Se adoptó un planteamiento similar para la actuación en los sectores bancario y de valores. La cuestión del número de los sistemas que debe introducirse está relacionada con la cuestión del alcance material del sistema y especialmente con la cuestión de la cobertura de diversas clases de seguro.

¿Están de acuerdo los Estados miembros con el hecho de que una futura armonización mínima implique la obligación de crear por lo menos un sistema de garantía y que dicho sistema debe ser reconocido por otros Estados miembros?

A nivel comunitario parece indiferente si dentro de cada Estado miembro el sistema se crea por ley o si la ley reconoce sistemas creados sobre base voluntaria. Sin embargo, considerando que el propósito de un sistema de garantías es proporcionar una red de seguridad final para la protección del consumidor de productos de seguros y teniendo en cuenta que tal red de seguridad debe ser tan completa como sea posible, es adecuado exigir que, en principio, todas las empresas de seguros autorizadas se afilien a un sistema reconocido. Por lo tanto, lo que parece realmente importante es la pertenencia obligatoria a los sistemas por cada empresa de seguros autorizada a llevar a cabo las líneas de negocio que los sistemas deberían cubrir.

Sin embargo, ciertos Estados miembros pueden disponer ya de sistemas que proporcionan la protección que se consideraría equivalente a la que es posible lograr creando un fondo de garantía. Por ejemplo, puede diseñarse un mecanismo especial para llevar a cabo la liquidación de una empresa de seguros de tal manera que se asegure la indemnización rápida de los asegurados. Este mecanismo podría considerarse equivalente, en sus efectos prácticos, a un sistema de garantías.

¿Están de acuerdo los Estados miembros con la afiliación obligatoria de todas las empresas de seguros?

Cualquier mecanismo de protección de los asegurados debería basarse en el principio del país de origen. Esto significa que deben estar cubiertas todas las operaciones de seguros bajo la supervisión del Estado miembro de origen. Es decir, deben estar cubiertos todos los contratos celebrados por una empresa de seguros en virtud de la libertad de establecimiento o de la libertad de servicios. Éste es el mismo planteamiento seguido en las Directivas para los sectores bancario y de valores, y permite evitar confusión, diferencias y solapamientos. Este planteamiento tendría la ventaja de ser coherente con la autorización única y el principio de supervisión en origen, aplicables en el sector de los seguros.

Además, este planteamiento puede ser complementado por otras normas para asegurar una igualdad de condiciones para las filiales cuando los sistemas de garantía de los Estados miembros en que estén situadas permitan una mayor protección a los asegurados que el Estado miembro de origen: por ejemplo, del mismo modo que lo que está previsto para los otros dos sectores financieros, se debería permitir que la filial entrara voluntariamente en un sistema de garantía del Estado miembro de acogida si hay diferencias en el importe de garantía proporcionado por los distintos sistemas. Podría evaluarse si esta posibilidad debería concederse también a los aseguradores que funcionan en condiciones de libertad de servicios.

Sin embargo, el problema del planteamiento del Estado miembro de origen podría dar lugar al siguiente problema: un ciudadano de un Estado miembro asegurado bajo la libertad de servicios por una empresa de seguros con sede en otro Estado miembro donde hay un sistema de garantía con un nivel más bajo de protección que lo ofrecido en el Estado miembro del asegurado no se beneficiaría de la misma protección que sus compatriotas.

Daños cubiertos por el sistema (alcance material)

La encuesta llevada a cabo con el cuestionario no tuvo en cuenta el seguro de responsabilidad civil del automóvil porque muchos Estados miembros ya tienen un sistema de indemnización que cubre también el caso de insolvencia del asegurador. Por lo tanto, excluyendo en esta fase el seguro de automóvil obligatorio, es necesario evaluar si la armonización futura a escala comunitaria debería cubrir tanto los seguros de vida como los que no lo son.

Aunque las quiebras parezcan ser menos frecuentes en los seguros de vida, las recientes caídas de las bolsas, combinadas con altos rendimientos ofrecidos por las empresas de seguros, pueden ocasionar dificultades financieras a los aseguradores de vida. Por esta razón, los servicios de la Comisión piensan que el ámbito de una futura acción legisla-



tiva a nivel comunitario no debe limitarse a los ámbitos distintos del seguro de vida, sino que han de ampliarse a este. Ello permite que todo asegurado o demandante se beneficie de una "red de seguridad".

En caso de seguro de vida o seguro de responsabilidad civil, debe preverse la cobertura para otras partes distintas del asegurado. En concreto, los daños de los beneficiarios y de los terceros perjudicados deben quedar cubiertos por el sistema.

Categorías de riesgos/clases excluidas

Aunque el sistema cubriera tanto los seguros de vida como los demás, los Estados miembros pueden desear excluir algunas clases o riesgos de la cobertura del sistema de garantías; en el Reino Unido, por ejemplo, actualmente, el crédito, el sector marítimo, el de aviación, el transporte y el reaseguro no están cubiertos.

Categorías de asegurados cubiertas: consumidores o profesionales

Mientras que la mayoría de los asegurados individuales necesitan protección, puede suponerse que los asegurados profesionales tienen a menudo más capacidad de evaluar debidamente la solidez financiera de las compañías de seguros cuando eligen la compañía. Por esta razón, podrían necesitar menos protección. Por lo tanto, algunos Estados miembros que tienen ya sistemas de garantía han limitado la cobertura a las personas físicas o a algunas pequeñas empresas, mientras que no se cubre a las personas jurídicas.

Algunas posibles soluciones para la exclusión serían:

- Los asegurados que son profesionales activos de un sector industrial o comercial o son miembros de una profesión liberal u operadores financieros.

- La noción del consumidor incluida en la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas (art. 3) que define al consumidor como cualquier persona física que, en los contratos cubiertos por la Directiva, esté actuando con fines distintos de su negocio, actividad empresarial o profesión.

- La noción del consumidor considerada por la directiva 2000/31/CE (Directiva sobre comercio electrónico) que en la letra e) de su art. 2 define a un consumidor como cualquier persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad económica.

- La referencia a la noción de grandes riesgos conforme a la letra d) del art. 5 de la directiva 73/239/CEE en su modificación por el art. 5 de la Directiva 88/357/CEE.

Tipos de daños que deben cubrirse

En no vida, la cuestión es si cubrir tanto los siniestros pendientes de liquidación como las primas no consumidas. Algunos Estados miembros piensan que la devolución de primas podría ser demasiado onerosa para los sistemas y que podría causar problemas para la gestión del sistema. Al mismo tiempo, piensan que la prima no devuelta podría ser normalmente un coste asequible para el asegurado. Una posible solución para reducir costes administrativos sería que los primeros X euros de las primas no consumidas quedaran sin cobertura. En vida la cobertura podría comprender todas las garantías de los contratos, incluidos los mecanismos de participación en los beneficios y las opciones implícitas. Alternativamente, la cobertura podría limitarse a los principales beneficios o compromisos garantizados del contrato (incluidos los pluses atribuidos) y excluir algunas características del mismo, como la participación en los beneficios futuros, el derecho al rescate o a opciones. Sin embargo, la evaluación de opciones es a menudo difícil, aunque en algunos casos constituyan una parte importante del valor del contrato. En ningún caso deberían cubrirse las pérdidas puras de inversión.

Nivel de protección

La Comisión cree que este es uno de los puntos en los cuales el Grupo de Trabajo debe centrar fundamentalmente sus discusiones. Debería también considerarse en relación directa con la cuestión del alcance de las medidas que deben tomarse, discutida anteriormente. Por una parte, el nivel de protección debe ser tal que la mayoría de siniestros cubiertos materialmente por el sistema debería satisfacerse completamente. Por otra, un nivel demasiado alto de protección agravaría el problema del riesgo moral.

Esta es un área en la que el sector de los seguros difiere perceptiblemente de las sociedades bancarias o de inversión. Brevemente, el nivel de protección contenido en la Directiva sobre la garantía de Depósito y en la Directiva sobre la indemnización de inversores está armonizado en una cobertura mínima de 20.000 euros para el conjunto de los depósitos o los derechos de cada de-



positante o inversor respectivamente. Los Estados miembros pueden combinar esta cobertura con una limitación del derecho del depositante o inversor a un porcentaje especificado, que no puede ser inferior a un 90% del derecho. Es también importante observar que las Directivas mencionadas han optado por un planteamiento de indemnización por depositante o inversor en lugar de uno de indemnización por derecho a inversión o depósito.

A primera vista, los límites mínimos parecen proporcionar un techo bastante alto para los depósitos de la mayor parte de los pequeños depositantes. Aunque esto pudiera no ser el caso en cuanto a las inversiones, el pequeño inversor puede diversificar fácilmente su exposición a la insolvencia de cualquier empresa de inversión.

Contrariamente a lo anterior, las peticiones de intervención derivadas del contrato de seguros, for-

muladas por los asegurados, los tenedores de póliza, los beneficiarios o por terceros pueden tener una consistencia mucho mayor. Por otra parte, puede argumentarse más difícilmente que los consumidores de productos de seguros puedan elegir más de un proveedor para diversificar. Además, el valor de los bienes asegurados (tales como casas) es a menudo mucho más alto. Muchos contratos de vida, por el hecho de ser a largo plazo, tienen un importe mucho mayor que los límites establecidos en el sector bancario. Estas diferencias son las razones por las que la Comisión considera que pueden ser necesarios niveles más elevados en los seguros. Así pues, deben buscarse soluciones separadas para el sector de seguros. Sin embargo, debe también buscarse un equilibrio entre el objetivo de proteger al demandante y la reducción de los problemas de riesgo moral.

Una comparación de sistemas actualmente existentes en Estados miembros y en ciertos Estados no miembros revela la gran divergencia:

	Seguros de vida, salud y accidentes	Seguros no de vida
Estados miembros ¹		
Francia	90.000 euros por muerte 70.000 euros por demandante en el seguro de vida ahorro 90.000 euros por enfermedad, accidentes, incapacidad Tanto los siniestros pendientes como las primas no consumidas están cubiertos.	Sin objeto
Irlanda	Sin objeto	El más bajo entre el 65% de la suma adeudada o 825.329,75 euros. La devolución de la prima no está cubierta.
RU	100% de las primeras 2000€ (=3.165 euros) y 90% del resto de la demanda sin cantidad máxima Tanto los siniestros pendientes como las primas no consumidas están cubiertos.	100% de las primeras 2000€ (=3.165 euros) y 90% del resto de la demanda sin cantidad máxima Tanto los siniestros pendientes como las primas no consumidas están cubiertos.
España ²	Porcentaje sin especificar. Tanto los siniestros pendientes como las primas no consumidas están cubiertos. Todos los demandantes de indemnización.	Porcentaje sin especificar. Tanto los siniestros pendientes como las primas no consumidas están cubiertos. Todos los demandantes de indemnización.
Estados no miembros ³		
EE.UU. ⁴	300000 USD (=300.000 euros) Pero 100000 USD (=100.000 euros) en valor efectivo 100000 USD (=100.000 euros) anualidades de beneficios 500000 USD (=500.000 euros) prestaciones de salud. Demandas de asegurados, beneficiarios, cesionarios y beneficiarios cubiertas.	300000 USD (=300.000 euros) propiedad y responsabilidad 10000 USD (=10.000 euros) primas no consumidas Demandas, incluidas primas no consumidas, de asegurados y terceros cubiertas.
Canadá	200.000 CAD (=125.000 euros) pero 60.000 CAD (=38.000 euros) en valor efectivo	250.000 CAD (=158.000 euros)
Japón	90% de la demanda	90% de la demanda
Corea	50 millones de won (=41.000 euros)	50 millones de won (=41.000 euros)
Noruega	Sin objeto	Ningún techo

¹ Datos obtenidos de respuestas de los Estados miembros.

² El equivalente español de un sistema general de garantía, CLEA, ofrece a cada acreedor la opción de liquidar su demanda por un precio. El precio ofrecido por la demanda es más alto que el porcentaje en el que quedaría satisfecha la demanda después de la liquidación. En caso contrario, el acreedor no aceptaría seguramente la oferta. En este momento, no hay ningún dato disponible sobre el precio medio pagado en relación con la demanda.

³ Los datos para los Estados no miembros proceden del Policyholder Protection Fund (2001), informe de la OCDE DAF/AS/WD(2001)16

⁴ Basado en los modelos de acto de la National Association of Insurance Commissioners (NAIC) 2001. La legislación de los Estados puede variar, pero las cantidades que figuran arriba son representativas de niveles reales.



El grupo de trabajo puede desear discutir tanto los límites como los pagos

parciales para su inclusión en el mecanismo de indemnización, puesto que ambos son métodos que reducen el problema del riesgo moral. Sin embargo, se ha observado que hay pocas pruebas de que los problemas de riesgo moral hayan surgido realmente y hayan alterado el comportamiento de los actores del mercado de seguros o del de sus supervisores en los países donde este tipo de sistemas existe ya. Los problemas asociados con la asunción de un riesgo excesivo pueden ser tratados por otros mecanismos; por ejemplo, estableciendo un sistema de financiación del sistema basado en el riesgo. Así pues, la Comisión favorece un planteamiento que asegurara el pago total por el sistema en la mayor parte de las situaciones. Esto debería incluir el campo del seguro obligatorio donde el demandante tendría que esperar una cobertura completa. En principio, la protección completa debería también permitirse a los terceros demandantes. Finalmente, en cuanto a las primas no consumidas en el sector vida, cualquier nivel de protección debe discutirse al mismo tiempo que el problema de su evaluación.

A pesar de esta opinión, la Comisión cree que si el Grupo de Trabajo desea considerar un sistema de límites o pagos parciales, debe basar sus discusiones sobre datos e información proporcionados por los Estados miembros acerca de la cantidad probable que, de establecerse como nivel mínimo de indemnización, cubriría la mayoría de demandas de seguro en los diversos sectores. Esto implicaría una suerte de análisis de sensibilidad. Se pide a los Estados miembros que debatan en la reunión si el hecho de proporcionar la información solicitada a continuación ayudaría al debate sobre la fijación de niveles de indemnización.

■ Por lo que respecta a los seguros de vida y sanitario: basándose en la experiencia previa, ¿qué porcentaje de peticiones de indemnización por muerte de acuerdo con pólizas de seguro de vida (por cada vida) quedaría completamente cubierto por debajo de unos límites de 100 000, 150 000, 200 000 euros, respectivamente? En caso de valores de rescates y prestaciones por enfermedad, ¿qué porcentaje de asegurados quedaría completamente cubierto bajo unos límites de 70 000, 100 000, 130 000 euros? En caso de seguro de rentas, ¿qué porcentaje de asegurados estaría cubierto completamente por un límite actual de valor de 70 000, 100 000, 130 000 euros?

■ Para otros seguros distintos del seguro de vida: La Comisión estima que los límites no son apropiados para los seguros distintos del seguro de vida. La cantidad de una demanda se refiere al objeto asegurado de modo que los problemas de riesgo moral se presenten menos, tanto para el consumidor como para la aseguradora. Por otra parte, teniendo en cuenta la ausencia de cualquier prueba de que los problemas de riesgo moral influyan desfavorablemente sobre el comportamiento de los actores del mercado de los seguros, el Grupo de Trabajo debe contemplar la cobertura completa para los daños no de vida. Incluso cuando el porcentaje no cubierto es pequeño, los pagos parciales pueden resultar en una pérdida económica importante para el demandante.

Cuando se trata de intervención de sistemas de garantía ya establecidos, ¿cuál era, en su caso, el porcentaje de las demandas cubiertas íntegramente conforme a los límites nacionales? ¿Cuáles fueron las peticiones medianas en esos casos?

Las cantidades citadas son solamente orientativas y no son en absoluto una propuesta para el nivel de protección, sino que deberían servir de base para el análisis. Se pide a los Estados miembros que den sus opiniones sobre el asunto teniendo en cuenta el objetivo de cubrir a una mayoría de asegurados.

Para concluir este punto, debe tomarse nota de que la Directiva de liquidación establece mecanismos para el trato preferente de los demandantes de indemnización. La Directiva de liquidación tiene en cuenta la existencia de sistemas de garantía en algunos Estados miembros y les da la opción de no proporcionar el mismo trato preferente a las demandas que se han subrogado en un sistema de garantía que ha compensado a los acreedores del seguro. A pesar de las disposiciones de esta Directiva, se da generalmente el caso de que los procedimientos de liquidación son largos y no completamente eficaces (en el sentido de que no hay ningún pago completo de siniestros). Así pues, las disposiciones de esa Directiva solamente pueden considerarse complementarias al sistema de garantías: la Directiva cubre a todos los acreedores de seguros en los procedimientos de liquidación, mientras que un sistema de garantías podría utilizarse fundamentalmente para proteger a consumidores no profesionales de seguros mediante un pago rápido y garantizado. Así pues, estos últimos



pueden beneficiarse doblemente: en caso de insolvencia, puede esperarse un pago rápido del sistema de garantía; el resto de la demanda, si excede cualquier límite, disfruta de un trato preferente en los procedimientos de liquidación.

Aspectos de procedimiento

1 Plazos de intervención del sistema

También deben considerarse los plazos de intervención del sistema, los plazos para demandas e indemnización, la existencia de derechos de subrogación y la exclusión de un miembro del sistema. Los sistemas de garantía de seguros deberían, en principio, ser un mecanismo de último recurso para la protección de los asegurados. Son adicionales a las normas prudenciales que rigen la actividad de seguros y suplementarios al sistema optativo de privilegio permitido a los asegurados por la Directiva de liquidación. Es preciso considerar un mecanismo desencadenante de la intervención de sistemas de garantías coherente con el funcionamiento de estas otras capas de protección.

Las soluciones adoptadas por las Directivas de garantía de depósito e indemnización de inversores pueden proporcionar un modelo. Estos sistemas intervienen en cuanto tiene lugar el primero de los acontecimientos siguientes:

a) Determinación por la autoridad competente de que la empresa es incapaz de cumplir sus compromisos resultantes de los depósitos o de las demandas de los inversores y que será incapaz de ello en el futuro

b) Una decisión judicial que suspenda la capacidad de los depositantes o de los inversores de formular una demanda contra ella.

Esta solución parece proporcionar una base adecuadamente coherente de discusión para su aplicación a los sistemas de garantía de seguros. El propósito de estos últimos es asegurar un pago rápido de las demandas de seguro, incluso cuando, de conformidad con disposiciones que refuercen la posición de los asegurados en el proceso de liquidación, haya una práctica certeza de compensación efectiva. Así pues, la Comisión opina que el Grupo de Trabajo debe contemplar un doble punto desencadenante de este tipo. Los sistemas vigentes de garantía en todos los sectores financieros ofrecen generalmente una indemnización. Sin embargo, incluso la indemnización completa en el momento de la insolvencia para demandas de seguro resultantes de productos del sector vida puede no constituir el mejor interés de los asegurados. Una cesión de la póliza puede proporcionar una protección más completa en estos casos.

Los Estados miembros tienen diversos mecanismos a su disposición para efectuar tales transferencias de cartera, que se considera son la mejor solución para una amplia categoría de asegurados. Una cuestión importante es si un posible marco armonizado de sistema de garantías debe proporcionar,

aparte de la protección bajo forma de indemnización, también una protección bajo forma de ayuda en la continuación de algunos contratos de seguros. Esta última puede consistir en que el sistema de garantía asuma y administre los contratos y pague los siniestros correspondientes o en la ayuda financiera a una sociedad de seguros potencialmente objeto de transferencia. La Comisión cree que estas opciones deberían tenerse en cuenta al discutir cualquier proceso de armonización.

Derechos de subrogación

En caso de pagos realizados por el sistema de garantías, es adecuado establecer un derecho de subrogación a los derechos de los beneficiarios en los procedimientos de liquidación para cantidades iguales a sus pagos, sin perjuicio de cualquier otro derecho que puedan tener conforme al derecho nacional. Los Estados miembros que han establecido sistemas conceden de manera casi uniforme derechos de subrogación a los sistemas de garantías.

Exclusión de una sociedad de seguros del sistema

Por último, debe considerarse la posibilidad de una empresa de seguros obligada a pertenecer a un sistema pero que incumpla sus compromisos hacia el mismo. Puesto que sería injusto cargar a las empresas cumplidoras en tal caso, debería crearse un mecanismo de exclusión. En los sectores bancario y de valores las exclusiones de los sistemas se acoplan, en principio, con la retirada de la autorización para realizar actividades de la empresa excluida. El Grupo de Trabajo debería considerar los detalles de cualquier mecanismo similar de exclusión.

Requisitos mínimos de información

La información es un elemento esencial de la protección del asegurado. El asegurado debe poder recibir información clara y exacta sobre las características esenciales de los productos que se le propongan y cualquier otra información que sea necesaria para permitirle elegir el contrato más adecuado para sus necesidades. Por tanto, es oportuno que la información para los asegurados incluya la existencia y el funcionamiento de los sistemas de garantías.

Sin embargo, debería hacerse una distinción entre la información precontractual a un consumidor previsto y la información de publicidad como tal. El uso no regulado en la información de publicidad sobre la existencia y las características concretas del sistema de garantías puede agravar cualquier posible problema de riesgo moral. Teniendo esto en cuenta, ha de plantearse y debatirse la cuestión de minimizar tal publicidad. Algunos Estados miembros con sistemas vigentes de garantías prohíben totalmente tales referencias. Sin embargo, el Grupo



de Trabajo debería examinar si otras líneas de conducta, tal como proporcionar la opción de limitar la publicidad a una referencia de que una empresa de seguros pertenece efectivamente a un sistema de garantías, logran el mismo objetivo de aliviar el problema del riesgo moral y son más proporcionadas.

Filiales en terceros países

La introducción de normas mínimas de armonización para sistemas de garantía de seguros destinados a empresas de seguros autorizadas en los Estados miembros no debe traer consigo una desigualdad de condiciones en relación con las filiales de las empresas de seguros que no tengan su sede central en la Comunidad. Los servicios proporcionados por esas filiales deberían incluir, por lo menos, la protección facilitada a los asegurados por el Derecho comunitario. Por tanto, es necesario establecer un mecanismo que asegure que las filiales de terceros países tengan, por lo menos, una cobertura equivalente a la que se disponga en cualquier normativa futura. Puesto que las filiales de terceros países son supervisadas por las autoridades competentes de los Estados miembros donde estén situadas y la empresa de seguros que las establezca no está vinculada por las disposiciones sobre pasaporte único, la Comisión cree que los Estados miembros deben, en principio, tener competencia siempre que se respete el principio de una protección por lo menos equivalente.

Posibles elementos que no deben armonizarse

Este documento establece una base para la discusión del Grupo de Trabajo sobre los ele-

mentos que deben incluirse en un posible instrumento vinculante mínimo de armonización en materia de sistemas de garantía. Por tanto, no todos los aspectos de la organización y funcionamiento de un sistema de garantía se han incluido en la exposición anterior. Estos aspectos incluyen, en especial, los siguientes:

- La personalidad jurídica del sistema: por ejemplo, si es una entidad estatal o una organización privada y su forma jurídica exacta.
- El número de sistemas en cada Estado miembro: por ejemplo, si hay un sistema de garantía con ramas de seguros separadas o un sistema de garantía para cada rama cubierta o más de uno en cada caso.
- La financiación del sistema: por ejemplo, si el sistema se financia previamente o a posteriori y la manera concreta de calcular las aportaciones de los miembros, o si se financia a partir de la imposición general.
- La organización del sistema y su método de gestión.

La Comisión cree que estos elementos pueden tratarse mejor a nivel nacional, lo que toma en consideración las estructuras y preferencias jurídicas nacionales existentes. Sin embargo, la Comisión observa que los diversos modos en que pueden organizarse y funcionar los sistemas de garantías pueden proporcionar perspectivas valiosas para hallar soluciones a ciertos problemas. Por ejemplo, la posibilidad de afinar el mecanismo de financiación de los sistemas de garantía permite que los Estados miembros alivien cualquier carga financiera sobre el sector de los seguros o minimicen problemas de riesgo moral.

CON LA SUSCRIPCIÓN A UNA DE NUESTRAS REVISTAS, RECIBIRÁ UN INTERESANTE REGALO.

CD-ROM

**GUÍA
DEFENSA DE USUARIOS DE
SERVICIOS FINANCIEROS**

**JUEGO
RECLAMANTES
BANCARIOS**

**GUÍA
PRODUCTOS Y SERVI-
CIOS FINANCIEROS**



Las revistas más cualificadas de los usuarios de servicios financieros

2

Fondos de Garantía en los seguros



¡Pídalas en su quiosco o suscríbase!

Información: AICAR ADICAE c/Gavín nº 12
50001 ZARAGOZA Telf: 976 390060 fax: 976 390199
web: www.adicae.net email: aicar.adicae@adicae.net