

Comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de septiembre de 2022 (asunto C-633/20): ¿se modificará el criterio histórico de la DGSFP sobre la imposibilidad de actuar simultáneamente como tomador y mediador en una misma póliza?

6 de Octubre 2022

El pasado 4 de octubre se publicó la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) de 29 de septiembre de 2022, que considera mediador de seguros a “una persona jurídica cuya actividad consiste en proponer a sus clientes que se adhieran, de forma voluntaria, a cambio de una remuneración que recibe de éstos, a un seguro de grupo que previamente ha suscrito con una compañía de seguros”. Con esta decisión, el TJUE se pronuncia en sentido contrario al criterio que el supervisor español venía manteniendo históricamente en varias de sus consultas públicas, según las cuales la doble actuación como tomador y como mediador desvirtuaría la actividad de asesoramiento, prohibiendo de facto la concurrencia en una misma persona o entidad de las figuras de tomador y mediador. Analizamos a continuación la Sentencia y sus eventuales implicaciones en España.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “**STJUE**”) ha resuelto la cuestión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Alemania), que tenía por objeto la interpretación del artículo 2 (apartados 3 y 5) de la derogada Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002 (en adelante, la “**Directiva 2002/92**”) y del artículo 2.1 (apartados 1, 3 y 8) de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (en adelante, la “**Directiva 2016/97**”).

La cuestión prejudicial se planteó en el seno del litigio entre el *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV* (Federación de Organizaciones y Asociaciones de Consumidores de Alemania) y la entidad TC Medical Air Ambulance Agency GmbH (en adelante, “**TCMAAA**”) en el que se discutía la supuesta actividad de mediación de seguros que esta última ejercía sin la preceptiva autorización.

La demandada, TCMAAA, contratada a empresas de publicidad para ofrecer a consumidores, a través de publicidad puerta a puerta, la adhesión a una póliza colectiva de la que ella es la tomadora y en la que, en tal condición, pagaba las primas a la entidad aseguradora. Dicha póliza colectiva cubría a los consumidores que se adhieren frente a los riesgos de enfermedad y accidente en viajes en el extranjero, así como los gastos de retorno al domicilio desde el extranjero y en el territorio nacional. Los clientes de TCMAAA que se adherían a la póliza colectiva abonaban a ésta una remuneración a cambio del derecho a diversas prestaciones en caso de enfermedad o accidente en el extranjero. Sin embargo, según se señala en la STJUE, las prestaciones a los asegurados se satisfacían mediante créditos que TCMAAA cedía a sus clientes.

Ni TCMAAA ni las empresas de publicidad a las que venía contratando contaban con la preceptiva autorización que exige el Derecho alemán para ejercer la actividad de mediación de seguros.

En este contexto, el *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV* (Federación de Organizaciones y Asociaciones de Consumidores de Alemania) presentó una demanda ante el *Landgericht Koblenz* (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Coblenza, Alemania) solicitando que se condenase a TCMAAA al cese de esta actividad, por considerar que la misma era la propia de un mediador de seguros, actividad para la cual no estaba debidamente autorizada. Este tribunal estimó la demanda, resolución que fue posteriormente revocada por el *Oberlandesgericht Koblenz* (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Coblenza, Alemania), al considerar que TCMAAA no tenía la condición de mediador de seguros.

El caso llegó al máximo órgano jurisdiccional alemán, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), ante el que se interpuso recurso de casación. Este órgano remitió la cuestión prejudicial al Alto Tribunal Europeo, al considerar que el debate debe centrarse en la condición o no de TCMAAA de mediador de seguros en el sentido de la derogada DMS y DDS Directivas 2002/92 y 2016/97. La cuestión prejudicial planteada era la siguiente:

«¿Una empresa que en calidad de tomador de un seguro mantiene con una empresa de seguros un seguro médico de viaje en el extranjero, así como un seguro de gastos de retorno al domicilio desde el extranjero o desde territorio nacional, como seguro de grupo para sus clientes, que distribuye entre consumidores afiliaciones que dan derecho a reclamar las prestaciones aseguradas en caso de enfermedad o accidente en el extranjero y que recibe una remuneración de los afiliados captados a cambio de la cobertura adquirida es un intermediario de seguros en el sentido del artículo 2, puntos 3 y 5, de la Directiva 2002/92 y del artículo 2, apartado 1, puntos 1, 3 y 8, de la Directiva 2016/97?»

En opinión del Alto Tribunal Europeo, la demandada en el litigio principal encajaría en el concepto de mediador de seguros, todo ello atendiendo a las definiciones de “mediador de seguros”, la “actividad de distribución” y el concepto de “remuneración” de las Directivas 2002/92 y 2016/97, así como al contexto y los objetivos perseguidos por dichas normas.

Remuneración

Definida en la Directiva 2016/97 como “*toda comisión, honorario o cualquier otro pago, incluida cualquier posible ventaja económica o cualquier otro beneficio o incentivo, de carácter financiero o no, ofrecidos u otorgados en relación con actividades de distribución de seguros*”.

El TJUE entiende que TCMAAA percibía una remuneración en el sentido de la Directiva, dado que cada adhesión de un cliente a la póliza colectiva suponía el pago de un importe a TCMAAA. De esta forma, TCMAAA contribuía, a cambio de dicha remuneración, a la obtención por terceros (sus clientes) de la cobertura de seguro prevista en el contrato que concluyó con una compañía de seguros.

Según el Tribunal, la perspectiva de esta remuneración representa, para una persona jurídica como la demandada en el litigio principal, un interés económico propio, distinto del

interés de los adherentes en la obtención de las coberturas de seguro derivadas del contrato de que se trata, interés que puede incitarla, teniendo en cuenta el carácter facultativo de la adhesión a dicho contrato, a tratar de lograr un gran número de adhesiones, lo que acredita en este caso el hecho de que la demandada en el litigio principal encargue a empresas de publicidad la tarea de ofrecer esa adhesión a través de publicidad puerta a puerta.

Lo relevante aquí radica en que el TJUE señala que carece de relevancia que el pago en favor de la persona jurídica que ha suscrito ese contrato con la compañía de seguros (TCMAAA) se efectúe por los adherentes y no por el asegurador, en forma, por ejemplo, de una comisión. Además, esta circunstancia no excluye el interés económico propio de dicha persona en que el mayor número posible de sus clientes se adhieran a dicho contrato a fin de que sus pagos financien, o incluso superen, el importe de las primas que ella misma abona al asegurador en virtud del mismo contrato.

Actividades de mediación

Definidas en la Directiva 2016/97 como *“toda actividad de asesoramiento, propuesta o realización de trabajo previo a la celebración de un contrato de seguro, de celebración de estos contratos, o de asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro, incluida la aportación de información relativa a uno o varios contratos de seguro de acuerdo con los criterios elegidos por los clientes a través de un sitio web o de otros medios, y la elaboración de una clasificación de productos de seguro, incluidos precios y comparaciones de productos, o un descuento sobre el precio de un contrato de seguro, cuando el cliente pueda celebrar un contrato de seguro directa o indirectamente utilizando un sitio web u otros medios”*.

El TJUE ya ha declarado en otras ocasiones que las actividades enumeradas en dicho precepto se presentan como alternativas, esto es, que cada una de ellas constituye por sí sola una actividad de mediación de seguros. Por tanto, basta únicamente que una determinada entidad realice una sola de las actividades enumeradas en la definición para que se deba considerar a dicha entidad como mediador de seguros. No solo eso, sino que el Alto Tribunal Europeo ha precisado que el listado de actividades contenido en dicha definición debe interpretarse en sentido amplio, en concreto, respecto de los trabajos previo a la celebración de contratos de seguro *“sin que la naturaleza de los trabajos previos quede limitada en modo alguno”*.

Con estos antecedentes, el Alto Tribunal Europeo ha sido tajante al concluir que, aunque las Directivas 2002/92 y 2016/97 no prevean expresamente el tipo de actividad desarrollada por TCMAAA (esto es, ofrecer a sus clientes la adhesión a una póliza colectiva de la que ésta es la tomadora) como de mediación de seguros, *“debe entenderse que las definiciones que incluyen estas disposiciones abarcan esa actividad”*. Para el TJUE, *“esta actividad es, efectivamente, comparable a la actividad remunerada de un intermediario de seguros o de un distribuidor de seguros que tiene como finalidad la celebración de contratos de seguro entre tomadores de seguro y aseguradores que tienen por objeto la cobertura de determinados riesgos a cambio del abono de una prima”*.

Es en el contexto de este razonamiento cuando el TJUE se refiere a la posibilidad de que una persona jurídica actué simultáneamente como tomador colectivo de una póliza y como mediador de la misma, al señalar lo siguiente:

*“(…) no es determinante el hecho de que la persona jurídica que se dedica a una actividad como la que es objeto del litigio principal sea ella misma, como tomador del seguro, parte del contrato de seguro de grupo al que pretende que sus clientes se adhieran. En efecto, **del mismo modo que la condición de distribuidor de seguros no es, conforme al artículo 2, apartado 1, punto 8, de la Directiva 2016/97, incompatible con la de asegurador, la condición de intermediario de seguros***

y, en consecuencia, de distribuidor de seguros no es incompatible con la de tomador del seguro".

Esta interpretación ya fue recogida por el TJUE en su Sentencia de 24 de febrero de 2022 (consulte la resolución en español en este [enlace](#)), en la que reconocía tangencialmente (pues no era cuestión litigiosa) la posibilidad de que una empresa que actuaba como mediador de seguros fuera a la vez la entidad tomadora de un seguro unit-linked que ofrecía a sus clientes (*"esa empresa tomadora de seguros ejerce, a cambio de una remuneración, una actividad de mediación de seguros, en el sentido del artículo 2, punto 3, de la mencionada Directiva, consistente en proponer a los consumidores su adhesión a un contrato colectivo «unit-linked» y celebrar así, como se ha señalado en los apartados 80 y 81 de la presente sentencia, un contrato de seguro de vida con la empresa de seguros, así como en facilitar asesoramiento financiero sobre la inversión del capital constituido por las primas de seguro abonadas por estos consumidores en los activos representativos del contrato colectivo «unit-linked»*").

Ahora bien, este criterio interpretativo del TJUE, por el que parece admitirse sin reservas la compatibilidad de la actividad de mediación con la de tomador de una póliza colectiva, chocaría frontalmente con la posición que venía manteniendo históricamente nuestro supervisor en varias de sus Consultas públicas (nótese que, aunque las Consultas que citaremos a continuación se publicaron al amparo de la derogada Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, las mismas continúan plenamente en vigor, al no verse afectadas directamente por las modificaciones introducidas por la nueva normativa de distribución de seguros y no haberse publicado con posterioridad ninguna otra Consulta contradictoria con las mismas).

En su Consulta 3873/2008 de 19 de diciembre de 2008 (puede consultarla en este [enlace](#)), la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante, la "DGSFP") concluyó que *"la doble actuación como tomador (ya sea de una póliza individual o colectiva) y como mediador desvirtuaría la actividad de asesoramiento que el mediador haría para sí mismo, y convertiría la póliza en una de contratación directa con la entidad aseguradora"*.

Más reveladora de la posición de la DGSFP es la Consulta 88/2009 de 17 de febrero de 2009 (consúltela en este [enlace](#)) en respuesta a las cuestiones planteadas por la Real Federación Española de Caza. En ella, la Federación planteaba al Supervisor, entre otros, si existía alguna incompatibilidad entre la condición mediadora de la Federación y la realización de contratos de seguro colectivos con aseguradoras, en los que la Federación asumía la función de tomador, como representante de la colectividad asegurable y asegurada. En respuesta a esta cuestión, la DGSFP sostenía que **"es criterio en estos supuestos que la doble actuación como tomador, que es parte del contrato de seguro, y como mediador de seguro, no es ajustada a las obligaciones que la Ley 26/2006 impone a los mediadores de seguros de asesoramiento y asistencia. El mediador por esencia realiza las funciones enumeradas en el artículo 2.1 de la Ley 26/2006 entre el consumidor (tomador y asegurado) del servicio y la entidad aseguradora. El asesoramiento que, en su caso, puede hacer para sí mismo en la intermediación de pólizas de seguro tendría como efecto que estas pólizas son vendidas por la entidad aseguradora directamente al tomador"**.

A pesar de lo anterior, la contundencia de la DGSFP al determinar sin género de dudas la incompatibilidad de la figura de tomador impropio de una póliza colectiva y la de mediador se compensaba de alguna manera al permitir la doble actuación como colaborador externo de un mediador (exceptuando a los corredores) y tomador de una póliza de seguro colectivo impropio siempre que se cumplieran determinados requisitos. En opinión del supervisor español, en tal supuesto no existiría incompatibilidad, siempre y cuando se cumpliesen los siguientes requisitos: (i) en primer lugar, que en relación con el propio contrato de seguro, se garantizase que el poder de disposición sobre la totalidad de la relación contractual correspondía a los verdaderos *dominus negotiorum* -esto es, a los asegurados que se adherían a la póliza colectiva de la que el colaborador era el tomador- (requisito exigido por la DGSFP para todos los seguros colectivos impropios) y (ii) en segundo lugar, en relación con la propia actividad de colaborador externo, que se garantizase,

por un lado, que las funciones realizadas por éste en ningún caso incluían asesoramiento, sino solamente la tramitación administrativa y, por otro lado, la participación activa del mediador para que los clientes fueran realmente asesorados.

Llama la atención que la preocupación histórica de la DGSFP de que la concurrencia en una misma persona o entidad de las figuras de tomador y mediador supusiera una quiebra de la labor de asesoramiento que competía al mediador no ha sido tal para el Alto Tribunal Europeo, que no ha mostrado objeciones a la posibilidad de esta doble condición en varias resoluciones.

Pero la cuestión más relevante que inevitablemente se plantea ahora es la siguiente: ¿Es el criterio interpretativo del TJUE vinculante para la DGSFP? ¿Debería, por tanto, la DGSFP revisar su postura?

En nuestra opinión, así es. Y ello por cuanto que las sentencias del TJUE que resuelven cuestiones prejudiciales no solo son obligatorias (artículo 91 de la Versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y vinculan al juez nacional que planteó la misma para la resolución del litigio principal (*vid.* Auto del TJUE de 5 de marzo de 1986 en el asunto 69/85), sino que, en la práctica, sus efectos van más allá, *erga omnes*, sirviendo como precedente interpretativo en otros procedimientos similares, lo que inevitablemente vincula a las autoridades nacionales en supuestos parecidos donde resultara de aplicación la norma comunitaria ya interpretada por el Alto Tribunal Europeo.

Deberemos esperar a comprobar la posición final que la DGSFP pudiera llegar a adoptar a la luz de la STJUE, si bien parece que la rotundidad de la argumentación del TJUE en su reciente Sentencia dejaría poco margen a nuestro supervisor para alejarse de la misma.

Puede acceder a la Sentencia completa en español en este [enlace](#).



Virginia Martínez

Socia

+34 91 790 6000
Virginia.Martinez@twobirds.com



Virginia Hierro

Asociada

+34 91 790 6000
Virginia.Hierro@twobirds.com

twobirds.com

Abu Dabi • Amsterdam • Bratislava • Bruselas • Budapest • Casablanca • Copenhague • Dubái
• Dusseldorf • Estocolmo • Frankfurt • La Haya • Hamburgo • Helsinki • Hong Kong • Londres
• Luxemburgo • Lyon • Madrid • Milán • Múnich • París • Pekín • Praga • Roma • San Francisco
• Shanghái • Singapur • Sídney • Varsovia

Bird & Bird (International) LLP es una sociedad de responsabilidad limitada, registrada en Inglaterra y Gales con número de registro OC340726, y está autorizada y regulada por la Solicitors Regulation Authority (SRA) con SRA ID 497341, y opera en España a través de su Establecimiento Permanente con NIF W0068301A. Su domicilio social y principal centro de actividad en el Reino Unido se encuentra en 12 New Fetter Lane, Londres EC4A 1JP.

La palabra socio se utiliza para referirse a un miembro de Bird & Bird International LLP o a un empleado o consultor o a un socio, miembro, director, empleado o consultor de cualquiera de sus empresas afiliadas o asociadas, que tenga una posición y cualificación equivalentes. La lista de los miembros de Bird & Bird (International) LLP y de los no miembros designados como socios, así como sus respectivas