

I CONGRESO INTERNACIONAL DE LA REVISTA DE DERECHO DEL SISTEMA FINANCIERO

IV CONGRESO NACIONAL DE ORDENACIÓN, SOLVENCIA Y SUPERVISIÓN EN SEGUROS PRIVADOS

III CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS

II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO BANCARIO

I CONGRESO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA EN EL SISTEMA FINANCIERO

Pablo Martínez-Gijón Machuca

Luis M^a Miranda Serrano

Isabel Rodríguez Martínez

Anne Marie Garvey

Manuel Ventura-Marco

Marta Regúlez-Castillo

Alejandro Llopis Blanque

Elena F. Pérez Carrillo

Albano Gilabert Gascón

Andrea Castillo Olano

Eliseu Frígols i Brines

José Zapata Sevilla

M^a José Alamar Casares

Javier Esteban Ríos

Javier Vercher Moll

Eva Boj

Xavier Varea

Francisco Jesús Martínez Jiménez

Irene Córdoba Mochales

Bruno Martín Baumeister

Julio Pernas Ramírez

María Jesús Peñas Moyano

Juan Bataller Grau

M^a Dolores Mas Badia

Juan Pérez-Salamero González

Carlos Vidal Meliá

Elia Cerrato García

Carmen Muñoz Delgado

Jaume Llorca Galiana

María Gómez Santos

Ana Miranda Anguita

Ivan Humberto Galvis Macias

Martín González-Orús Charro

María Jesús Blanco Sánchez

Altea Asensi Merás

Silvia Boboc

M. Mercè Claramunt

Anthony Novaes

Marina Vázquez Esteban

Roberto Caratozzolo

Juan Pablo Rodríguez Delgado

ACTAS DEL CONGRESO

más información

<https://congresordsfm.wordpress.com/>

organiza

Directores

Juan Bataller Grau, catedrático de Derecho Mercantil,

Universitat de València.

Rafael Marimón Durá, catedrático de Derecho Mercantil,

Universitat de València.

Jaime Martí Miravalls, Prof. TU de Derecho Mercantil,

Universitat de València.

inscripciones

javier.vercher@uv.es

Secretaría técnica

Javier Vercher Moll, Prof. Ayudante Doctor, de

Derecho Mercantil, Universitat de València.

Irene Córdoba Mochales, Becaria FPI de Derecho

Mercantil, Universitat de València.

subvenciona



GENERALITAT VALENCIANA

"Proyecto PROMETEU/2021/013"
Grupo DERMERFIN (GIUV-2017-348)
Grupo WIP (GIUV-2017-399)



GOBIERNO DE ESPAÑA

MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES

"Proyecto RTI2018-097087-B-I00"
"Proyecto Der 2017-84218-C2-1-R"

UNIVERSITAT ID VALÈNCIA
Facultat de Dret

UNIVERSITAT ID VALÈNCIA
Departament de Dret Mercantil
"Manuel Broseta Pont"

patrocina



BROSETA



CUATRECASAS



INSTITUT VALENCIÀ DE FINANCES

Pérez-Llorca

RocaJunyent

SQUIRE PATTON BOGGS

URÍA MENÉNDEZ

IURIS GROUP LEGAL

colabora



GRUPO COOPERATIVO CAJAMAR



COINBROKER, S. L.
CORREDURIA DE SEGUROS



COLEGIO PROFESIONAL DE MEDIADORES DE SEGUROS DE VALENCIA

CGPA europe

Mutua Levante SEGUROS

unión alcayana seguros

Valencia, 2021

“Proyecto PROMETEU/2021/013”

Grupo DERMERFIN (GIUV-2017-348)

Grupo WIP (GIUV-2017-399)

“Proyecto RTI2018-097087-B-100”

“Proyecto Der 2017-84218-C2-1-R”

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

© REVISTA DE DERECHO DEL SISTEMA FINANCIERO

ASOCIACIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DEL SISTEMA FINANCIERO

I.S.B.N: 978-84-09-36382-7

Revista
Derecho del Sistema Financiero
Mercados, Operadores y Contratos

**I CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DEL SISTEMA
FINANCIERO**

**IV CONGRESO NACIONAL DE ORDENACIÓN, SOLVENCIA Y
SUPERVISIÓN EN SEGUROS PRIVADOS**

III CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS

II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO BANCARIO

**I CONGRESO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA
EMPRESA EN EL SISTEMA FINANCIERO**

Directores

Juan Bataller Grau

Rafael Marimón Durà

Jaime Martí Miravalls

Secretaría técnica

Javier Vercher Moll

Irene Córdoba Mochales

Valencia, 2021

Sumario

EL SEGURO PRIVADO DE DEPENDENCIA TRAS CUMPLIRSE QUINCE AÑOS DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA	8
Pablo Martínez-Gijón Machuca	
SISTEMAS DE GARANTÍA DE SEGUROS (SGS)	11
María Jesús Peñas Moyano	
¿CAMINAMOS HACIA UN (ERRÁTICO) CONTROL DE PRECIOS DE LOS CONTRATOS BANCARIOS Y FINANCIEROS?	14
Luis M ^a Miranda Serrano	
LA INVERSIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE: SU CONTRIBUCIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	17
Juan Bataller Grau	
EL NUEVO MARCO EUROPEO DE LA ECONOMÍA DIGITAL Y SU APLICACIÓN A LOS SERVICIOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA	18
Isabel Rodríguez Martínez	
LOS SISTEMAS PRIVADOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO	21
M ^a Dolores Mas Badia	
DE LA “TABLA 29” AL BALANCE ACTUARIAL: ¿HAY REALMENTE UN SALTO TAN GRANDE?	26
Anne Marie Garvey	
Juan Pérez-Salamero González	
Manuel Ventura-Marco	
Carlos Vidal Meliá	
TENDENCIAS DE MORTALIDAD Y ESPERANZA DE VIDA POR CUANTÍA DE PENSIÓN ENTRE LOS HOMBRES JUBILADOS	30
Marta Regúlez-Castillo	
Juan M. Pérez-Salamero	
Manuel Ventura-Marco	
Carlos Vidal-Meliá	
DIFERENCIAS EN LA ESPERANZA DE VIDA ENTRE TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y ASALARIADOS CUANDO SE JUBILAN: EVIDENCIA DE LOS REGISTROS DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA	34
Juan Pérez-Salamero González	
Marta Regúlez Castillo	
Carlos Vidal Meliá	

EL MERCADO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS “VERDES”: REALIDAD Y PARADOJAS	38
Elia Cerrato García	
EL ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE CRIPTOACTIVOS.....	40
Alejandro Llopis Blanque	
FUTURO DEL CRÉDITO REVOLVENTE TRAS LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA Y LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ORDEN ETD 699/2020, DE 24 DE JULIO....	41
Carmen Muñoz Delgado	
GOBIERNO CORPORATIVO DE LA CIBERSEGURIDAD DE REDES Y SISTEMAS EN LAS ENTIDADES FINANCIERAS	45
Elena F. Pérez Carrillo	
LAS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO Y LIMITATIVAS DE DERECHOS EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS.....	47
Jaume Llorca Galiana	
LOS SEGUROS DE P&I, EL TERCERO PERJUDICADO Y LAS CLÁUSULAS ARBITRALES: UN PROBLEMA DE DIFÍCIL SOLUCIÓN	48
Albano Gilabert Gascón	
UN AÑO TRAS LA APROBACIÓN DEL REGULATORY SANDBOX: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA.....	51
María Gómez Santos	
EL PRETÉRITO IMPERFECTO DE LOS SISTEMAS DE PAGO	55
Andrea Castillo Olano	
¿CÓMO DEFENDERSE DE LOS ABUSOS COMETIDOS A TRAVÉS DE LA LETRA PEQUEÑA POR LAS ENTIDADES BANCARIAS Y FINANCIERAS EN SU ACTIVIDAD PUBLICITARIA Y CONTRACTUAL?.....	58
Ana Miranda Anguita	
LAS FUSIONES BANCARIAS Y EL CONCEPTO DE “IMAGEN FIEL” EN EL DELITO SOCIETARIO DE FALSEDAD DE CUENTAS ANUALES: ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE.....	63
Eliseu Frígols i Brines	
ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL SECTOR BANCARIO EN COLOMBIA...	67
Ivan Humberto Galvis Macias	
LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DEL MERCADO BASADAS EN LA TECNOLOGÍA DE REGISTRO DESCENTRALIZADO: ACIERTOS Y LAGUNAS	70
José Zapata Sevilla	

LA APLICACIÓN DEL INTERÉS DE DEMORA DEL ART. 20 LEY DEL CONTRATO DE SEGURO EN EL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA.....	72
Martín González-Orús Charro	
LA TORMENTA DEL IRPH Y EL NAUFRAGIO DE LOS CONSUMIDORES A LA ESPERA DE LA CALMA	75
M ^a José Alamar Casares	
EL CONTRATO DE ASESORAMIENTO FINANCIERO. REFLEXIÓN SOBRE LA TENDENCIA CRECIENTE DEL ROBOADVISOR.....	78
María Jesús Blanco Sánchez	
LA BANCA COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL: IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO	82
Javier Esteban Ríos	
LOS RIESGOS ASOCIADOS A LAS FINTECH DERIVADOS DE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL MERCADO	86
Altea Asensi Merás	
LOS NUEVOS CRITERIOS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE DE LAS ENTIDADES SUPERVISADAS POR EL BANCO DE ESPAÑA.....	90
Javier Vercher Moll	
LOS SEGUROS DE TRANSPORTE TERRESTRE DE VIAJEROS.....	92
Silvia Boboc	
EL PAPEL DEL SEGURO PRIVADO DE DEPENDENCIA EN LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DE UNA SOCIEDAD QUE ENVEJECE.....	95
Eva Boj	
M. Mercè Claramunt	
Xavier Varea	
LEGAL DESIGN: DISRUPCIÓN POSITIVA EN LOS SERVICIOS FINANCIEROS	99
Anthony Novaes	
LOS NUEVOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN EN EL IS: UN PRODUCTO FINANCIERO PARA OPTIMIZAR LA CARGA TRIBUTARIA	102
Francisco Jesús Martínez Jiménez	
EL ACCESO A LA FINANCIACIÓN DE SOCIEDADES EN EL DERECHO PRECONCURSAL Y LA TUTELA DE LA NUEVA FINANCIACIÓN	106
Marina Vázquez Esteban	
ANÁLISIS SOBRE LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS GENÉTICAS Y LA DECLARACIÓN DE RIESGO EN LOS SEGUROS DE VIDA	109

Irene Córdoba Mochales

POSSIBILI EFFETTI DEL REGOLAMENTO MICA SUL SISTEMA ITALIANO. 114

Roberto Caratozzolo

LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS FINANCIERAS SOBRE CUENTAS DE
DEPÓSITO DE EFECTIVO: IMPLICACIONES DE PSD2 Y ENTORNOS

BLOCKCHAIN 117

Bruno Martín Baumeister

COBERTURA DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS POR LA PARALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD
COMERCIAL QUE SUPUSO EL ESTADO DE ALARMA EN NUESTRO PAÍS. ANÁLISIS DE LA
JURISPRUDENCIA RECIENTE. 120

Juan Pablo Rodríguez Delgado

NOVEDADES EN EL CONTROL DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LA EJECUCIÓN A UN
EMPRESARIO..... 121

Julio Pernas Ramírez

**EL SEGURO PRIVADO DE DEPENDENCIA TRAS CUMPLIRSE QUINCE
AÑOS DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE,
DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS
PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA**

Pablo Martínez-Gijón Machuca

Catedrático de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.
Campus Ramón y Cajal, s/n.
C/Enramadilla, 18-20.
41.018. Sevilla.
954 55 12 43
954 55 74 05
pmmachuca@us.es

ÍNDICE

- INTRODUCCIÓN.
- SISTEMA PÚBLICO DE PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA.
- FORMAS DE CONVERGENCIA ENTRE EL SISTEMA PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO.
- EL SEGURO PRIVADO DE DEPENDENCIA: RÉGIMEN JURÍDICO.
- SITUACIÓN ACTUAL EN EL MERCADO ASEGURADOR DEL SEGURO PRIVADO DE DEPENDENCIA.
- PROPUESTAS DE MEJORA DEL PRODUCTO DE SEGURO DE PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA.

RESUMEN

Cumplidos quince años desde la entrada en vigor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LD), procede realizar una valoración de cómo se han complementado los sistemas público y privado en la atención a las personas que se encuentran en situación de dependencia.

Por lo que se refiere al ámbito público, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) -regulado en los artículos 6 a 41 LD- es el conjunto de

instrumentos asistenciales, prestaciones económicas y ayudas destinadas a la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia. Básicamente, se crea para ampliar y complementar la acción protectora que el Estado, a través de su colaboración con ciertos instrumentos promovidos desde los ámbitos autonómico y local y, especialmente, por medio del Sistema Nacional de Salud Pública, ya prestaba, aunque de un modo claramente insuficiente, a las necesidades de las personas mayores y, en general, de las que, por razones distintas de la edad, tuvieran la condición de dependientes.

Desde un punto de vista administrativo el SAAD se organiza en tres niveles de protección: el mínimo, garantizado por el Estado y con pleno respeto de las competencias autonómicas; el medio, que resulta de la cooperación y financiación entre el Estado y las Comunidades Autónomas (que ha estado suspendido desde el año 2012 hasta el año 2018, ambos incluidos), a través, fundamentalmente, del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia; y el nivel superior de protección, que pueden desarrollar voluntariamente las Comunidades Autónomas que lo deseen.

Las prestaciones del SAAD pueden ser de dos tipos: de servicios (de carácter preventivo, de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de centro de día y de noche y de atención residencial) y de naturaleza económica (vinculada al servicio, para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal).

La pieza clave del SAAD es el Baremo de Valoración de la Situación de Dependencia (aprobado por el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero), en concreto, de los grados de dependencia y escala de valoración específica para los menores de tres años.

En cualquier caso, conviene poner de relieve que las prestaciones del SAAD no son prestaciones de la Seguridad Social. El SAAD es un sistema paralelo y distinto al Sistema Nacional de Salud, que se financia con cargo a los presupuestos generales del Estado y de las Comunidades Autónomas. Además, uno y otras no asumirán más del 70 por 100 del coste de los servicios asistenciales, pues el principio general -y, aunque ningún ciudadano quedará excluido de la cobertura de dependencia por carecer de recursos económicos- es el de participación de los beneficiarios de las prestaciones de dependencia en el coste de las mismas. Es lo que se conoce como sistema de copago (artículo 33 LD).

Frente a los sistemas alternativos, en los que la prestación se realiza o por el sector público o por el sector privado, en España la relación existente entre el SAAD y el sector privado en la protección de la dependencia es de carácter complementario. No obstante, tal relación de complementariedad no se ha traducido en una suma de esfuerzos y de coberturas. Por el contrario, se ha vuelto a caer en el mismo error que con la asistencia sanitaria, de modo que los sistemas público y privado en lugar de complementarse se pisan uno a otro, prestando similares coberturas, y todo ello se traduce en un mal aprovechamiento de los recursos disponibles.

En lo atinente al sector privado, el seguro privado de dependencia se regula, de modo específico, en el artículo 106 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro, el cual se remite a la normativa administrativa en lo relativo a la definición de la situación de dependencia y, de un modo parco y muy insuficiente, se limita, por lo demás, a regular los tipos de prestación asumibles por la entidad aseguradora y a

restringir el ejercicio de la oposición a la prórroga del contrato en favor del tomador del seguro (matizando, por consiguiente, la regla del artículo 22 LCS para esta modalidad de contrato de seguro).

La realidad es que el producto de seguro, en el que se ofrece como garantía principal la cobertura de la situación de dependencia, está teniendo una comercialización muy escasa, lo que se traduce en un bajo volumen de primas. Las razones de este “fracaso”, al menos hasta el momento, son de carácter social, económicas y también de índole jurídica. Centrándonos exclusivamente en estas últimas, se pueden enumerar las siguientes:

- No cuenta con una fiscalidad atractiva, especialmente tras la última reforma legislativa.
- La forma de evaluar la dependencia por la entidad aseguradora no es la más adecuada.
- Sólo da cobertura a la dependencia severa y a la gran dependencia.
- Carece de un elenco mínimo de prestaciones asistenciales.
- En algunos productos el contrato se extingue cuando el asegurado cumple una determinada edad.
- Apenas hay productos con primas niveladas.
- Existen productos con franquicias.
- Con carácter general, el producto tiene un precio medio elevado.

Los motivos apuntados y otras razones de índole social y económica deben llevar a las entidades aseguradoras a diseñar nuevos productos para dar cobertura a las situaciones de dependencia e, incluso, plantearse la posibilidad de fomentar una mayor integración entre el sistema público y el sector privado, creando un sistema de protección social de la dependencia mixto, público-privado. Algunas propuestas para mejorar los productos privados de protección de la dependencia se incluyen por el autor al final de su trabajo.

SISTEMAS DE GARANTÍA DE SEGUROS (SGS)

María Jesús Peñas Moyano

Catedrática de Universidad
Avenida del Valle Esgueva, 6, 47011,
Valladolid
983423315
chus@eco.uva.es
<https://bit.ly/3jlyHzM>

ÍNDICE

I. LOS SISTEMAS DE GARANTÍAS COMO PILARES DEL SISTEMA FINANCIERO

II. TIPOS DE SISTEMAS

III. EL LIBRO BLANCO DE 2010

IV. SITUACIÓN ACTUAL. 1. La revisión de Solvencia II. 2. Sistemas de garantía de seguros: requisitos mínimos.

V. EL PAPEL DEL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS. 1. El CCS como asegurador subsidiario. 2. La compra de créditos por parte del CCS. 3. Diseño de un sistema de garantía general: ventajas e inconvenientes.

RESUMEN

Tradicionalmente en el sector asegurador no se ha hecho especial hincapié en las posibles consecuencias que para los asegurados y terceros perjudicados pueden derivarse de potenciales insolvencias de las entidades aseguradoras y de la falta de patrimonio para hacer frente a las correspondientes indemnizaciones o prestaciones de diverso tipo, una vez que han fallado todas las medidas previas para que una situación de este tipo no se produjese.

Es cierto también que para evitar situaciones límite está prevista una fuerte intervención administrativa, articulándose medidas de carácter preventivo de diferente signo -las denominadas medidas de control especial en particular- y en este marco de previsión el papel que ha desempeñado Solvencia II (Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso

a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio) en materia de supervisión macroprudencial, ha supuesto una verdadera contención para las entidades aseguradoras hacia el deslizamiento de situaciones en la que su solvencia podía peligrar.

Resulta claro, sin embargo, que es oportuno y necesario, al igual que sucede en otros mercados que conforman el mundo financiero, completar la estructura ya creada con sistemas de garantía para actuar en caso de que finalmente se produzcan situaciones de insolvencia de las entidades con el objetivo de evitar, por un lado, que se impida la reparación de los damnificados y, por otro, que las posibles consecuencias de la insolvencia de la entidad alcancen a otros colectivos o al propio mercado, incluso a la Economía en general.

Los sistemas de garantía se han convertido en una institución que otorga confianza a los depositantes, a los inversores y que debería también realizar el mismo tipo de función con los asegurados. Estos sistemas facilitan la estabilidad financiera y garantizan la protección de sus miembros en cualquiera de los sectores financieros en los que actúan o se pretenda su implantación.

Por ello se considera que todos los Estados miembros han de tener un sistema de garantía de seguros en vigor debidamente financiado. La realidad constata la heterogeneidad existente en esta materia con sistemas públicos y privados, voluntarios y obligatorios, y también la inexistencia de instrumento alguno en algunos países europeos. Por estos motivos, resulta apropiado que se realicen los esfuerzos oportunos dirigidos a la consecución de esta finalidad, que acompañaría al resto de medidas previstas para tratar de reequilibrar financieramente a la entidad y también al proceso de salida ordenada del mercado de la entidad aseguradora cuando la disolución y el inicio del proceso de liquidación, en última instancia, resulten necesarias.

No existe en la actualidad un marco normativo común para el sector de los seguros en el ámbito europeo lo que implica la ausencia de una protección eficaz a nivel transfronterizo, carencia de uniformidad y problemas de competencia con el consecuente entorpecimiento del camino hacia un mercado único y el mantenimiento del eventual problema que implicaría que fueran los propios tomadores de los seguros o los contribuyentes los que tuvieran que hacer frente a las correspondientes pérdidas.

El libro Blanco sobre sistemas de garantía de seguros [COM(2010) 370 final] de 2010, que no fue publicado en el Diario Oficial, es uno de los principales documentos a tener en cuenta en el estudio de estos sistemas con el objetivo de su armonización. Este libro se acompañó de un dictamen del Comité Económico y Social de 5 de mayo de 2011 (informe de 21 de junio de 2011 de la Comisión de asuntos económicos y monetario) así como de una Resolución del Parlamento Europeo de 13 de octubre de 2011.

En ambos documentos se consideraba la propuesta de una Directiva de armonización mínima en la que se estableciese el régimen jurídico de un sistema transfronterizo uniforme para los Estados miembros y sus diversos sistemas internos de garantía de seguros, teniendo en cuenta la complejidad de este tema y las sensibles diferencias entre los distintos sistemas existentes en el ámbito de la UE.

En diciembre de 2020, la Autoridad europea de seguros y pensiones de jubilación, EIOPA, emitió una opinión sobre el estado y funcionamiento de Solvencia II. También propuso las modificaciones que esta norma podría necesitar y entre ellas la relativa a

estos sistemas de garantía de seguros. Por tanto, junto a las reformas para mejorar los sistemas de supervisión y resolución, se propone introducir una red europea de esquemas de garantías de seguros (SGS/Insurance Guarantee Scheme /IGS) que deben cumplir unas características mínimas armonizadas a nivel europeo. Estos mecanismos deben actuar con el objetivo principal de proteger a los asegurados, para lo cual se prevé o bien pagar una compensación o bien la continuación de las pólizas de seguro, o ambas medidas conjuntamente. Además, para garantizar un cierto grado de flexibilidad a los Estados miembros, EIOPA aconseja que la implementación completa del conjunto mínimo de normas armonizadas propuestas en el dictamen debe ir precedidas de una fase transitoria.

En la opinión emitida por EIOPA sobre la reforma de Solvencia II, se dispuso la necesidad de que los esquemas o sistemas de garantía de seguros cumplieran unos requisitos mínimos armonizados a nivel europeo. Varios Estados miembros de la UE ya cuentan con mecanismos para proteger a los asegurados en caso de insolvencia de alguna entidad aseguradora. Por lo general, implican una compensación financiera, que les permitirá comprar otra póliza o la transferencia de la póliza a una aseguradora solvente. Sin embargo, de manera similar a lo que viene sucediendo con los mecanismos de recuperación y resolución, existe un mosaico de situaciones que causan problemas a la autoridad de supervisión cuando el problema se plantea en el ámbito transfronterizo y algunos países no tienen ningún esquema de garantía.

Así, EIOPA propone que las funciones principales del SGS sean o bien pagar una compensación a los asegurados y beneficiarios por sus pérdidas cuando una aseguradora se declara insolvente y/o asegurar la continuación de las pólizas de seguros (por ejemplo, financiando o promoviendo una transferencia de cartera o asumiendo y administrando la cartera).

Su cobertura geográfica debe basarse en el principio del país de origen, y debe referirse a pólizas de vida específicas y pólizas de no vida acordadas a nivel de la UE con una cobertura mínima armonizada. Cada Estado miembro deberá tener un sistema de garantía de seguros nacional. A nivel de cobertura de pólizas de vida y no vida, la propuesta, para alcanzar un mínimo de armonización, pasa por dar cobertura a la protección relacionada con las reclamaciones cuando la insolvencia de una aseguradora pudiera ocasionar considerables dificultades económicas o sociales para los asegurados y beneficiarios.

Se considera que la financiación de estos sistemas de garantía debería realizarse sobre la base de contribuciones de las aseguradoras, que posiblemente deberán ser complementadas con financiación ex post acordadas en caso de déficit de capital. Y también se aconseja establecer unos requisitos para la divulgación adecuada sobre la existencia de los SGS y las reglas que rigen el derecho a la cobertura bajo estos esquemas, a semejanza de las actuaciones que se han llevado a cabo en otros casos como sucede con los productos de inversión basados en seguros.

Sobre la introducción de estos mecanismos de garantía ha de valorarse también que en una era en la que la eclosión de la inteligencia artificial y el comienzo de una actuación habitual por parte de los robots, además del surgimiento continuo de nuevos riesgos de gran alcance económico –ambientales o cibernéticos, por poner solo algún ejemplo- se hace aún más imperiosa la necesidad de contar con sistemas de garantía de seguros más robustos y también homologables en todo el Espacio Económico Europeo.

¿CAMINAMOS HACIA UN (ERRÁTICO) CONTROL DE PRECIOS DE LOS CONTRATOS BANCARIOS Y FINANCIEROS?

Luis M^a Miranda Serrano

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba
Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales
Puerta Nueva s/n
14002-CÓRDOBA
Dp1misel@uco.es
Lmiranda@uco.es

ÍNDICE

I.- PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO.

II.- LA VIGENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL ARTÍCULO 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE

III.- EL ARTÍCULO 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE SEGÚN LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1.- Noción de cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la equivalencia entre precio y prestación.

2.- Consecuencias derivadas de la falta de transparencia de una cláusula relativa al objeto principal del contrato o a la equivalencia entre precio y prestación.

2.1.- La tesis oficial de la jurisprudencia comunitaria y española: la activación del control de contenido o abusividad.

2.2.- Las nociones de transparencia y abusividad relevantes a estos efectos.

IV.- LA ERRÁTICA PROPUESTA DE MODIFICAR EL TEXTO REFUNDIDO DE CONSUMIDORES PARA SOMETER A CONTROL DE CONTENIDO LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.

V.- CONSIDERACIONES FINALES.

VI.- BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El Ministerio de Consumo ha elaborado un Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) para la concreción del alcance del carácter abusivo de las cláusulas. Su texto está accesible en la página oficial del referido Ministerio junto con la Memoria de análisis de su impacto normativo. Con la pretendida finalidad de aumentar el nivel de protección de los consumidores que celebran contratos a través de condiciones generales y/o clausulados predispuestos, este Anteproyecto centra su atención en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas que, en coherencia con lo declarado por su Considerando 19, deja al margen del control de contenido o abusividad las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y prestación, a no ser que carezcan de transparencia las estipulaciones a ellas referidas. El propósito que persigue esta propuesta de reforma del TRLGDCU consiste justamente en ir más allá de lo establecido en el mencionado art. 4.2, a fin de someter a control de contenido o abusividad dichas cláusulas incluso cuando cumplen la exigencia de la transparencia. Todo ello sobre la base de considerar esta medida como necesaria “para una protección integral de los derechos de las personas consumidoras”. El resumen de la Memoria anexa al Anteproyecto es muy claro en el sentido indicado. En él puede leerse que con esta modificación del TRLGDCU lo que se pretende es “dar seguridad jurídica a la transposición de la Directiva 93/13/CEE (...) en la normativa nacional, regulando expresamente que el control del carácter abusivo de una cláusula puede abarcar cualquier elemento de la relación contractual”.

Como se infiere del propio título que hemos dado a esta Ponencia, en nuestra opinión, esta opción de política legislativa ha de considerarse errática y desafortunada por varias razones de relevancia que nos parecen difícilmente discutibles. Además, se distancia de las soluciones plasmadas en relevantes textos jurídicos que recogen las grandes tendencias del Derecho de contratos contemporáneo en el ámbito de la Unión Europea, como son los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PDEC) y el Marco Común de Referencia (MCR). En concreto, nos parece criticable (por no corresponderse con la realidad) que el Anteproyecto aluda, como causa jurídica determinante de su aprobación, a la necesidad de conferir seguridad jurídica a esta materia mediante la concreción en nuestro ordenamiento del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, dado que nuestro Tribunal Supremo ya declaró de forma indubitada que el art. 4.2 Directiva 93/13 CEE estaba incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. Además, la opción de política jurídica seguida por el referido Anteproyecto no se justifica en un ordenamiento como el nuestro en el que el TRLGDCU y la LCGC han sido reformados en 2019 (a través de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario) para establecer la regla (cierto es que sin demasiado acierto en su redacción) según la cual las condiciones incorporadas a los contratos de modo no transparente en perjuicio del consumidor han de considerarse nulas de pleno Derecho.

A lo anterior ha de añadirse una razón de fondo de gran importancia, cual es la improcedencia de someter a control de contenido las cláusulas relativas al objeto principal del contrato. En este sentido, el diferente tratamiento que se da a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato frente a las accesorias está más que justificado: 1) Cuando el consumidor celebra un contrato a través de condiciones generales y/o clausulados predispuestos, centra su atención en las estipulaciones constitutivas del objeto principal del contrato que celebra, respecto de las cuales la competencia funciona, al menos en principio, de forma eficiente. Si, por ejemplo, advierte que en el contrato de seguro que le oferta una determinada compañía aseguradora los riesgos asegurados son insuficientes, se decantará por otra alternativa del mercado que le

ofrezca una mayor cobertura frente a posibles siniestros. De ahí que estas cláusulas no se sometan a control de abusividad. Su no sometimiento a este control pivota en que se trata de estipulaciones conocidas y consentidas por el adherente en el momento de emitir su consentimiento negocial, de forma similar a las cláusulas que son incorporadas a un contrato como fruto de una negociación individual. 2) En cambio, las cláusulas sobre cuestiones accesorias y no principales no son tenidas en cuenta por el consumidor a la hora de contratar, pues las estipulaciones que las contienen no se leen ni, consecuentemente, se conocen con anterioridad a la celebración del contrato. Razón por la cual el control de contenido o abusividad se erige para ellas en el mecanismo idóneo para remediar los posibles abusos que a través de estas estipulaciones puedan cometer los predisponentes en detrimento de los adherentes. Por consiguiente, el consumidor celebra el contrato sabiendo que si algunas de dichas cláusulas contuvieran reglas contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de derechos y obligaciones de las partes, las mismas carecerán de validez por no superar el control de contenido o abusividad fijado por la ley. Parece claro que, a diferencia de las cláusulas sobre elementos esenciales, estas otras estipulaciones sobre cuestiones accesorias no son equiparables a las resultantes de un proceso de negociación individual.

En lo que atañe a la exclusión del control de contenido o abusividad de las estipulaciones relativas a la equivalencia entre precio y prestación, el TJUE empezó declarando en 2012 que dicha exclusión “solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”, añadiendo seguidamente a lo anterior que el fundamento o razón de ser de esta regla reside en la inexistencia de “ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar u orientar ese control”.

Según la jurisprudencia del TJUE, la consecuencia anudada a la falta de transparencia de una estipulación relativa a los extremos analizados (objeto principal del contrato y equivalencia entre precio y prestación) consiste en abrir la puerta al control de contenido con vistas a determinar si la cláusula en cuestión posee o no carácter abusivo. También la Sala 1ª de nuestro Tribunal Supremo parece decantarse finalmente por esta interpretación. En nuestra opinión, sin embargo, ésta no es la mejor de las soluciones. Si una cláusula relativa a los elementos esenciales del contrato no es transparente, habrá de considerarse ilícita, pues no fue conocida por el consumidor en el momento en que emitió su consentimiento negocial.

LA INVERSIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE: SU CONTRIBUCIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Juan Bataller Grau

Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho mercantil
Universitat de València
963828139
juan.bataller@uv.es

ÍNDICE

- UNA APROXIMACIÓN A LA INVERSIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE.
- LOS DERECHOS HUMANOS: UNA PERSPECTIVA DESDE LA EMPRESA
- LOS ESTÁNDARES
- UNA REFLEXIÓN CRÍTICA

RESUMEN

La primera parte de la ponencia versará sobre el concepto de Inversión Socialmente Responsable, así como se planteará una visión de sus principales rasgos configuradores.

A renglón seguido se abordarán los problemas que plantea la recepción de los Derechos Humanos en el Derecho privado. No está de más señalar que éstos han sido concebidos para ser cumplidos por los Estados mientras que ahora se pretende extenderlos también a las empresas, en especial a las multinacionales.

En tercer lugar, se expondrán los principales estándares en esta materia, analizando cuales son las principales virtudes y debilidades de cada uno de ellos.

Finalmente se intentará ofrecer una visión predictiva de la evolución, poniendo especial énfasis en los problemas que han de superarse para dotar de rigor a la Inversión Socialmente Responsable en esta sede.

EL NUEVO MARCO EUROPEO DE LA ECONOMÍA DIGITAL Y SU APLICACIÓN A LOS SERVICIOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA

Isabel Rodríguez Martínez

Catedrática de Derecho Mercantil

Universidad CEU Cardenal Herrera

660 254 998

irodriguez@uchceu.es

uchceu.es/directorio/irodriguez

ÍNDICE

I. EL NUEVO PAQUETE NORMATIVO DE SERVICIOS DIGITALES Y SU ALCANCE EN EL SECTOR FINANCIERO. 1. La Digital Services Act. 1.1. Directrices iniciales. 1.2. Tipos de servicios intermediarios. 2. Breve referencia a la Digital Market Act. II. LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA. 1.1. Delimitación legal y características. 1.2. Naturaleza jurídica. 1.3. El servicio de financiación participativa. 1. Concepto. 2. Su calificación como servicio de la sociedad de la información. 3. Actividad y prestaciones propias del servicio. 5. Naturaleza y régimen jurídico. III. RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD DE LAS PFFS EN CUANTO PLATAFORMAS DIGITALES. 1. El servicio de financiación participativa para el DSA. 2. Las obligaciones programadas del Reglamento de Servicios Digitales aplicables a las PFPs 2. IV. EL LIMITADO ALCANCE DEL RÉGIMEN ESPECÍFICO DEL DEBER DE DILIGENCIA DEL SERVICIO DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA PARA EMPRESAS. V. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

I. OBJETO DE ESTUDIO

La investigación pretende ofrecer un análisis del alcance y efectos que el futuro marco comunitario de regulación de los servicios digitales proyecta sobre los servicios de financieros de financiación, especialmente en el marco de actuación y protección de los inversores empresarios usuarios de las plataformas de financiación participativa. En concreto, el objeto de estudio se centra en la normativa comunitaria que aborda las novedades en materia de obligaciones y responsabilidades de las plataformas de financiación participativa (en adelante, PFPs) como prestadoras del servicio de financiación participativa, a partir de su consideración como servicios de intermediación digital.

II. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA Y CONTEXTO ACTUAL DEL OBJETO DE ESTUDIO

La innovación aplicada al sector de la financiación alternativa la sitúa en el marco de una economía digital basada en mercados de datos, y ello exige una constante actualización del marco de protección de los inversores que ofrecen recursos en las PFPs como usuarios del nuevo modelo de prestación de servicios financieros. Estas plataformas abiertas al público han consolidado una nueva forma de intermediación en el crédito, especialmente interesante entre empresas y estas y profesionales, mediante el servicio principal, aunque no único, consistente en poner en contacto o facilitar el contacto a inversores o prestamistas con empresas que buscan financiación alternativa. Consciente de los retos y riesgos de la “digitalización” sobre el que se articula este nuevo modelo de financiación y de determinados servicios financieros, el legislador comunitario propició recientemente la armonización y el pasaporte global a las PFPs, otorgando el marco específico de acceso, control y supervisión de su actividad a través Reglamento (UE) 2020/1503 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de octubre de 2020, (en adelante, Reglamento (UE) 2020/1503).

Sin embargo, la acción del legislador va más allá en la armonización del mercado digital y en su pretensión de actualizar las normas horizontales que definen las responsabilidades y obligaciones de los prestadores de servicios digitales en el tratamiento de datos y algoritmos y, especialmente, de las plataformas en línea. Y todo ello, reforzando la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y promoviendo la creación de mercados digitales más justos y abiertos.

II. NOVEDAD E INTERÉS DE LA INVESTIGACIÓN.

La investigación aborda con carácter novedoso en nuestra doctrina la problemática y efectos de aplicación de la acción normativa europea sobre la economía digital al modelo de negocio y el papel de las PFPs en cuanto prestadoras del servicio de financiación participativa, en la medida en que la armonización comunitaria proyectada sobre el mercado digital reclama de un específico y mayor estándar de protección de los inversores y usuarios de las PFPs, que habrá de alcanzar y equipararse al proyectado modelo de regulación de los servicios digitales.

III. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

Así, merece especial detenimiento los parámetros de diligencia debida que el nuevo paquete normativo impone a las plataformas digitales en relación con sus usuarios empresarios, amén de otras importantes obligaciones de transparencia, información y rendición de cuentas para los prestadores de servicios digitales, entre ellas las que luchan contra los contenidos ilícitos en línea, que garantizarán un mercado más transparente y seguro de los servicios de financiación participativa, en su doble dimensión de servicio de la sociedad de la información y, servicio de intermediación digital. En concreto, se atiende al impacto que el paquete normativo tendrá sobre las PFPs, y el servicio de financiación participativa en cuanto servicio de intermediación digital sobre:

- 1.- Requisitos del servicio y régimen de exención condicionada de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios.
2. Normas sobre transparencia de las plataformas incluyendo rendición de cuentas, algoritmos y de trazabilidad de los usuarios empresariales en las plataformas on line.
3. Las normas sobre las obligaciones específicas de diligencia debida adaptadas a las PFPs en cuanto prestadores de servicios intermediarios;
4. Los nuevos poderes de control sobre las plataformas para evaluar los riesgos en línea.

IV. BIBLIOGRAFÍA

LOS SISTEMAS PRIVADOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

M^a Dolores Mas Badia

Profesora Titular de Derecho civil Universitat de València
Avda. dels Tarongers, s/n
Valencia 46022
963828116
dolores.mas@uv.es

ÍNDICE

- **PLANTEAMIENTO: HACIA UN CAMBIO DE MODELO.**
- **EL DEBER DE CONSULTA.**
- **LA COMUNICACIÓN DE DATOS A LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA.**
- **EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SOLICITAR INFORME DE LA CIRBE O DE ALGÚN SIC PRIVADO.**

RESUMEN

1. PLANTEAMIENTO: HACIA UN CAMBIO DE MODELO.

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD), dedica normas específicas a los sistemas privados de intercambio de información crediticia en las que introduce novedades significativas. Esta Ley, como bien es sabido, se dictó como complemento del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD).

En el contexto de la Era de la Cuarta Revolución Industrial, en que se mueven estas normas, la facilidad para recabar datos -a los que ya es costumbre referirse como el nuevo petróleo, el nuevo bien más valioso del mundo- y el desarrollo de sofisticados algoritmos para tratarlos, muchas veces de forma automatizada, generan nuevas oportunidades, pero acentúan sobremanera los riesgos de lesión de los derechos fundamentales del sujeto vinculados a su privacidad y a la protección de sus datos personales.

Uno de los campos que se nutre para bien y para mal de esta realidad es el del análisis de riesgos y la toma de decisiones en el mercado de crédito. Un terreno en el que durante mucho tiempo predominó el análisis de los economistas, pero en el que deben comprometerse también el jurista, el legislador y los supervisores.

Es en este escenario en el que se mueve la nueva regulación de los sistemas privados de información crediticia en España. Un escenario sustentado sobre varios pilares básicos: la integración de España en la Unión Europea, con normativas muy diversas en esta materia en los EEMM, lo que resulta contradictorio con el objetivo de conseguir un mercado único de crédito; el espíritu europeo más proteccionista frente al utilitarismo del modelo anglosajón; la cada vez mayor concentración del mercado bancario con fusiones y absorciones que no cesan, en el que las entidades que ostentan posiciones dominantes son reticentes a compartir información sobre sus clientes; o la irrupción – que se acentúa a partir de la crisis de 2007/2008– de competidores no sometidos a supervisión («Shadow banking», «Fin Tech» y, últimamente, «Big Tech») lo que da lugar a una progresiva diversificación del mercado.

En este escenario la regulación actual de los sistemas privados de información crediticia en España es fruto del cruce de dos tipos de normativa: la que regula el derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal y la que intenta reforzar el crédito responsable. Es en esta segunda categoría en la que se inscribe la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI). Una Ley que se tramitó en parte de forma paralela a la LOPDGDD y que merece mi atención en esta ponencia porque -esta es la tesis que voy a defender- introduce novedades importantes en los engranajes de la regulación de los sistemas privados de información crediticia en nuestro país. Novedades que muchas veces pasan desapercibidas en los análisis doctrinales pero que pueden tener potencial suficiente para incidir en el diseño del art. 20 LOPDGDD y quizá contribuir a que los sistemas privados de información crediticia, tradicionalmente configurados como ficheros negativos o de morosos en España, evolucionen hacia el más deseable modelo de sistemas mixtos, que traten datos positivos de solvencia junto a los relativos al incumplimiento de deudas. El alcance de la LCCI, en este punto, no se limita al crédito inmobiliario, sino que se extiende al crédito al consumo (cfr. DA duodécima LCCI, en relación con los arts. 14 y 15 LCCC).

La regulación de los sistemas de información crediticia en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se ubica dentro del Capítulo II («Normas de protección del prestatario»), en concreto en el art. 12 en relación con el art. 11. La LCCI. Entre las fuentes externas de las que el acreedor a quien se solicita crédito debe extraer información sobre la solvencia del cliente, el art. 12 LCCI, se refiere a la información recabada de los sistemas de información crediticia –el público (Central de Información de Riesgos del Banco de España) y los privados–. El art. 29.1 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible también se ocupa de esta doble posibilidad. Debe atenderse, igualmente, a su desarrollo en el art. 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, actualizado por el art. 3.3 de la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio.

En la ponencia me detengo en las cuestiones que se orquestan en los epígrafes que siguen, que se limitan a apuntarlas dadas las restricciones de espacio de estas páginas cuya única ambición es constituir un breve resumen, un prólogo de lo que se expondrá en la ponencia.

2. EL DEBER DE CONSULTA DE CONSULTA DE LOS SIC.

En relación con la obligación de consultar los SIC, que se impone al prestamista, me planteo si puede considerarse, si no obligados, legitimado para consultarlos a los intermediarios de crédito o sus representantes designados.

3. LA COMUNICACIÓN DE DATOS A LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA.

La LCCI, impone al prestamista el deber de consultar algún SIC privado y, al mismo tiempo, le faculta para comunicar al SIC determinada información en el caso de que decida conceder el crédito. Es, precisamente, al tratar este aspecto cuando la LCCI somete a tensión el sistema diseñado por el art. 20 LOPDGDD. Como veremos, en el art. 12.1.II, último inciso, la LCCI faculta al prestamista para comunicar datos positivos sobre solvencia -y no meramente datos sobre incumplimiento- a los SIC privados sin necesidad de que el deudor prestatario lo consienta. De esta forma se potencian los SIC privados positivos o mixtos y no meramente negativos, dando una vuelta de tuerca –al menos en teoría– a la tradición imperante en España hasta la fecha. Habrá que dejar pasar un tiempo para ver hasta dónde nos conducen estas normas en la práctica.

Al facultarse –y no obligarse– legalmente para la comunicación de estos datos («podrá», no «deberá»), definiendo que la vía de legitimación para el tratamiento de los datos personales es la del interés legítimo prevalente (art. 6.1.f) RGPD), sin olvidar que el legislador nunca puede determinar esa prevalencia de modo absoluto, sino, como mucho, presumirla (como hace el art. 20 LOPDGDD). Una vez concedido el préstamo, tras la preceptiva evaluación de la solvencia, la comunicación por el prestamista a los SIC de los datos sobre el crédito concedido sirve para incluir en el flujo de información disponible en el mercado, a través de los SIC, los datos sobre ese préstamo que pueden resultar útiles a otros concedentes de crédito, en sus diversas formas, a los que pueda dirigirse en el futuro ese deudor solicitando financiación.

Me planteo, igualmente, si puede ser destinatario de la comunicación cualquier SIC privado o sólo los que fueron consultados por el acreedor, respetando, en cualquier caso, los derechos de información del deudor.

4. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SOLICITAR INFORME DE LA CIRBE O DE ALGÚN SIC PRIVADO.

Implica el incumplimiento de los deberes de evaluación de la solvencia que establece la LCCI, lo que nos conduce a una de las carencias más notables de esta Ley: la falta de regulación de un sistema de consecuencias civiles ante el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia que pesa sobre el prestamista. Defiendo que la existencia de sanciones administrativas vinculada al incumplimiento de estos deberes (arts. 44 a 49 LCCI) no excluye otras posibles consecuencias civiles, que pueden resultar compatibles, cuando la imposición de las sanciones administrativas previstas no satisface por sí sola el interés y la finalidad de las normas que regulan el deber de

evaluar la solvencia. Refuerza esta conclusión la reciente STJUE, Sala Segunda, de 5 de marzo de 2020, asunto C-679/18 (caso OPR-Finance s.r.o.), con cita de las SSTJUE, de 27 de marzo de 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, apartados 52 y 53, y de 9 noviembre de 2016, Home Credit Slovakia, C-42/15, EU:C:2016:842, apartado 69). Aunque se dicta en relación con la evaluación de la solvencia bajo la Directiva 95/46/CE, sus argumentos y las conclusiones a las que llega son igualmente aplicables a la Directiva 2014/17/UE y a la LCCI.

Las sanciones administrativas que se regulan en los arts. 44 a 49 LCCI (que se remiten a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito) no parecen, desde un punto de vista reputacional o económico, suficientes para frenar las malas prácticas en este terreno y eso, incluso, en el dudoso caso de que el supervisor bancario llegue a imponerlas. Si esto es así, no bastan para cumplir los objetivos de la DCCI y de la LCCI y pueden, por tanto, combinarse con eventuales consecuencias en el orden jurídico civil.

Es al concretar estas consecuencias, ante el silencio de la LCCI, donde falta unidad de criterio en la literatura científica. Han de ser consecuencias proporcionadas a la gravedad del incumplimiento, efectivas para proteger los intereses del prestatario o garante y disuasorias de este tipo de comportamientos por parte de los prestamistas. No han de beneficiar al infractor, ni perjudicar al sujeto que pretendía tutelar la norma vulnerada. Y, salvo que existan razones de orden público que lo hagan desaconsejable, debe actuarse a favor del contrato, intentando salvarlo. La indeterminación de la LCCI obliga a extraer las consecuencias civiles del incumplimiento por interpretación y aplicación de la teoría general de las obligaciones y los contratos. Es aquí donde las certezas se difuminan. Y donde encuentra alimento la inseguridad jurídica, pues resultan confusos los mimbres a los que atenderán los tribunales para urdir la respuesta si el caso deriva en un litigio judicial. Y no se diga -como a veces se hace- que una delimitación clara de las sanciones civiles hubiera alentado la litigiosidad o hubiera provocado un alza generalizada del coste del préstamo para compensar los prestamistas el riesgo de impugnación. Otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno han sido más claros. En la ponencia se hará referencia a estas medidas ensayadas por otros ordenamientos extranjeros y a los mecanismos propios de la teoría general de los derechos y de los contratos a los que podría apelarse en nuestro Derecho. La literatura jurídica española ha barajado las siguientes: La responsabilidad civil (contractual o extracontractual), cuyo flanco débil se sitúa en los problemas de prueba tanto respecto de la acreditación y valoración del daño como de la relación de causalidad. La nulidad absoluta y total del contrato se descarta de forma ampliamente mayoritaria, pues la restitución inmediata de las cantidades recibidas en concepto de préstamo por el prestatario le perjudicaría. La anulabilidad por error o dolo o la rescisión del contrato tienen este mismo inconveniente, además de los costes asociados al litigio. Estos mismos argumentos son extensivos a la resolución del contrato de préstamo, además de no resultar claro que pueda hablarse en la hipótesis objeto de estudio de incumplimiento resolutorio. Por mi parte, he abogado por la viabilidad de la nulidad parcial que afecte a las cláusulas de intereses, tanto remuneratorios como moratorios, sin que pueda integrarse –en el caso de prestatarios consumidores– con las normas dispositivas sobre intereses legales (véase la STJUE de 27 de marzo de 2014 -Caso Le Crédit Lyonnais-). De este modo, aunque la LCCI, a diferencia de las normas internas de otros EEMM, no establezca la consecuencia jurídica consistente en la pérdida de los intereses por el prestamista, podría llegarse a este mismo resultado por uno de los cauces que abre la teoría general

del contrato: como sanción de nulidad parcial del contrato (solo en cuanto a los intereses y gastos) por la vía del art. 6.3 CC. Ahora bien, la sanción de nulidad parcial solo podrá operar cuando se considerase proporcionada y ajustada a la «ratio legis» de las normas que regulan la obligación de evaluar la solvencia en la LCCI, a la vista de las circunstancias del caso concreto. No todo incumplimiento, con independencia de su gravedad y de las circunstancias que lo hayan rodeado, tiene que conducir al mismo resultado.

Llegados a este punto, cabe preguntarse qué transcendencia civil tendrá no haber consultado la CIRBE o algún sistema privado de información crediticia, aunque debo reconocer que no es fácil que se dé el supuesto pues es práctica consolidada en el mercado proceder a ello por las enormes ventajas que tiene para los concedentes de crédito, además de la obligación que imponen distintas normas, a las que ya me he referido en las páginas anteriores. Pero vamos a suponer que se ha omitido esta consulta. Para valorar el alcance de este concreto incumplimiento, debería atenderse a la repercusión que haya tenido en la correcta o incorrecta evaluación de la solvencia del sujeto y a los perjuicios que se le puedan haber causado. Como los SIC privados, en España, funcionan como sistemas negativos, que el acreedor no los haya consultado (cosa, como decía, extraordinaria) puede mejorar las posibilidades de obtener crédito de un deudor que protagonizó pasados incumplimientos. Sería abusivo, por su parte, pretender conservar el crédito sin pagar intereses alegando el incumplimiento del acreedor. No se satisfaría, además, la necesaria proporcionalidad que debe guardar la medida. Al margen de la omisión de consulta de sistemas privados de información crediticia, y en relación con estos, puede producirse el incumplimiento del deber de evaluar en profundidad la solvencia del deudor cuando los informes del SIC no se han cruzado de modo suficiente con datos positivos sobre solvencia –que pueden proceder de diversas fuentes– que sustenten un juicio realista sobre las probabilidades de devolución del crédito. En esta hipótesis, la defectuosa evaluación de la solvencia puede tener mayores probabilidades de afectar, aunque sea de modo parcial, a la eficacia del contrato en el sentido expuesto en las páginas anteriores.

DE LA “TABLA 29” AL BALANCE ACTUARIAL: ¿HAY REALMENTE UN SALTO TAN GRANDE?

Anne Marie Garvey

Juan Pérez-Salamero González

Manuel Ventura-Marco

Carlos Vidal Meliá

Universidad de Alcalá

Universidad de Valencia

Facultad de Ciencias Económicas, Empresariales y Turismo

Universidad de Alcalá, Plaza de la Victoria, 2

Alcalá de Henares, 28802 Madrid

918854286

anne.garvey@uah.es

ÍNDICE

- **INTRODUCCIÓN**
- **PROPÓSITO DEL TRABAJO**
- **LA METODOLOGÍA Y EL CASO ESPAÑOL**
- **DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES**
- **REFERENCIAS BÁSICAS**
- **AGRADECIMIENTOS**

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

Desde 2017 la UE exige que todos los Estados miembros publiquen su pasivo acumulado por pensiones hasta la fecha (ADL) utilizando un método actuarial estándar y algunas hipótesis comunes. Se aplica tanto a los regímenes de seguridad social (SS) como a los sistemas de prestación definidas (DB) que cubren a los funcionarios

públicos. Los pasivos por pensiones deben revelarse en un cuadro complementario denominado Tabla 29.

El objetivo de esta Tabla 29 es ofrecer una descripción general de las obligaciones por pensiones (de las administraciones públicas y otros sectores institucionales) con los hogares cubiertos por cualquier régimen de seguridad social. La metodología ADL reconoce solo un lado del balance actuarial del sistema de pensiones; que es el instrumento más valioso para formular el estado financiero del sistema de pensiones desde el punto de vista de una administración de SS

Consideramos que cualquier análisis que observe solo los pasivos, sin quitar su importancia, de los sistemas de pensiones sin tener en cuenta los activos que los pueden respaldar es un sinsentido y por lo tanto hacemos una propuesta para mejorar la información para la toma de decisiones.

PROPÓSITO DEL TRABAJO

El propósito del trabajo es desarrollar una metodología para transformar (fácilmente) la Tabla 29 en un balance actuarial y elaborar su cuenta de resultados (IS) asociada. El balance actuarial (ABS) es un estado financiero que refleja los pasivos de un sistema de pensiones con los cotizantes y pensionistas en una fecha determinada, junto con los activos que respaldan dichos pasivos. El principal objetivo del ABS es ofrecer una imagen fiel de los activos y pasivos del sistema de pensiones al comienzo y al final del ejercicio y, comparando estas cifras, determinar el cambio en su patrimonio neto. Se utiliza el ABS para evaluar la solvencia de los regímenes de SS, mientras que la Tabla 29 no.

Consideramos la importancia real de incluir la cuenta de resultados (IS) como parte de la información publicada relacionada con el sistema público de pensiones de un país. Podría mejorar la comprensión de la información por parte de los interesados, hacer que el sistema sea más transparente y complementar al ABS. Nuestra propuesta encaja perfectamente con las ideas presentadas por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad del Sector Público (IPSASB), que explica en su marco conceptual (CF) que el objetivo de la información financiera de las entidades del sector público es proporcionar información útil sobre entidades a los efectos de la rendición de cuentas y la toma de decisiones.

LA METODOLOGÍA Y EL CASO ESPAÑOL

Nuestra propuesta desarrolla una metodología para transformar (fácilmente) la Tabla 29 en un balance actuarial y elaborar su cuenta de resultados (IS) y se basa en el enfoque SOG (Grupo Abierto Sueco), que tiene dos características positivas muy relevantes. En primer lugar, la forma de medir los activos y pasivos del sistema tiene un alto grado de transparencia y no necesita complicadas proyecciones de variables económicas, financieras o demográficas que fácilmente pueden sesgar los indicadores de sostenibilidad y solvencia asociados. Y, en segundo lugar, este enfoque es adecuado

para la introducción de mecanismos de equilibrio automático, dado que se evitan los interminables debates sobre la precisión de las proyecciones a largo plazo.

Nuestra propuesta está acompañada con un ejemplo basado en los datos más recientes de la Tabla 29 para España. Nuestro punto de partida es la información publicada en la página web del Instituto Nacional de Estadística (INE) sobre los pasivos por pensiones de los años 2015 y 2018, tal y como muestra la Tabla 29. Confirmamos que nuestra propuesta funciona razonablemente bien porque los resultados tienen sentido y nos brindan información útil sobre la salud financiera del sistema de pensiones español. También arroja luz sobre la aplicabilidad real de la propuesta. De acuerdo con las hipótesis más razonables, el sistema de pensiones español es parcialmente insolvente y su sostenibilidad ha empeorado notablemente durante el período 2015-2018.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

El fundamento de nuestra propuesta es doble. En línea con la mejora de la información para la toma de decisiones y la rendición de cuentas, los activos del sistema deben incluirse junto con sus pasivos correspondientes. Informar sobre los pasivos del sistema es esencial, pero por sí solos no proporcionan información sobre la solvencia del sistema. La inclusión de los activos mostraría en qué medida los pasivos están respaldados por los correspondientes activos y básicamente si se pueden pagar las obligaciones futuras. Si el sistema es insolvente, los usuarios pueden exigir al patrocinador que cubra el déficit o ajuste las contribuciones para eliminarlo. También podría solicitarse una reforma del sistema.

Con respecto a la pregunta formulada en el título del artículo, se puede decir que transformar la Tabla 29 en un balance actuarial y presentar su cuenta de resultados asociada no es una tarea tan laboriosa como se podría pensar inicialmente; vale la pena realizar la tarea porque la mayor utilidad de la información lo justifica plenamente.

REFERENCIAS BÁSICAS

BARR, N., Y DIAMOND, P., (2009): Pension Reform: A Short Guide. New York: Oxford University Press.

GARVEY, A. M., PÉREZ-SALAMERO GONZÁLEZ, J.M., VENTURA-MARCO, M. Y VIDAL-MELIÁ, C. From “Table 29” to the actuarial balance sheet: is it really that big a leap? Documentos de Trabajo (ICAE); ISSN: 2341-2356 n° 05, 2021, 1-37.

GARVEY, A.M., VENTURA-MARCO, M., Y VIDAL-MELIÁ, C., (2021): Does the pension system’s income statement really matter? A proposal for an NDC scheme with disability and minimum pension benefits. Economic Research-Ekonomska Istrazivanja. 34:1, 292-310. DOI: <https://doi.org/10.1080/1331677X.2020.1782246>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE) (2018) Pension Table. Fuente: www.ine.es/en/daco/daco42/cne10/inv_fuentesymetodos_TP_en.pdf

INTERNATIONAL PUBLIC SECTOR ACCOUNTING STANDARDS BOARD (IPSASB) (2020) IPSAS: The Conceptual Framework for Generally Purpose Financial by Public Sector Entities. In International Federation of Accountants – International Public Sector Accounting Standards Board (ed), Handbook of international public sector accounting pronouncements 2020, Vol. 1. New York, NY. https://www.ifac.org/system/files/publications/files/IPSASB-HandBook-2020_Volume-1_W_0.pdf.

VIDAL-MELIÁ, C., VENTURA-MARCO, M., Y PÉREZ-SALAMERO GONZÁLEZ, J.M., (2018): Social insurance accounting for a notional defined contribution scheme combining retirement and long-term care benefits. *Sustainability*, 10, 2832.

AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen la ayuda económica recibida del Ministerio de Economía y Competitividad, proyecto RTI2018-097087-B-100); Basque Government (Proyecto IT1336-19); Ministerio de Ciencias e Innovación (PID2020114563GB-I00 y PID2019-105570GB-I00), Alcalá University (CCG19/CCJJ-042, CM/JIM/2019-044, UAH/EV1090).

TENDENCIAS DE MORTALIDAD Y ESPERANZA DE VIDA POR CUANTÍA DE PENSIÓN ENTRE LOS HOMBRES JUBILADOS

Marta Regúlez-Castillo

Juan M. Pérez-Salamero

Manuel Ventura-Marco

Carlos Vidal-Meliá

Universidad del País Vasco
Universidad de Valencia
Departamento de Métodos Cuantitativos
Avda. Lehendakari Aguirre 84,
Bilbao, Vizcaya 48015
946013738
marta.regulez@ehu.eus
www.et.bs.ehu.es/~etprecam

ÍNDICE

- **INTRODUCCIÓN**
- **DATOS Y METODOLOGÍA**
- **RESULTADOS**
- **REFERENCIAS**
- **AGRADECIMIENTOS**

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

La mayor parte de la literatura encuentra una relación inversa significativa entre riesgo de mortalidad y grupo socioeconómico. Estas desigualdades se han discutido menos entre los grupos de mayor edad que entre los más jóvenes.

Paradójicamente los países con estados de bienestar más generosos, como los de Escandinavia, no son los que presentan menos desigualdades en salud en términos relativos, sino países como Italia, España y Portugal. La literatura revisada (Mackenbach, 2017; Mackenbach et al., 2008) que cubre el Reino Unido, los EE. UU., Italia, Canadá, Alemania, y los Países Bajos, generalmente indica que las brechas de

mortalidad por nivel socioeconómico no se han mantenido constantes a lo largo del tiempo y que las desigualdades en la mortalidad medida por nivel socioeconómico se han incrementado en los últimos años.

Este trabajo (Pérez-Salamero et al., 2021) trata el caso de España, dado que hasta el momento hay muy poca evidencia en nuestro país para los jubilados y responde con precisión a tres preguntas básicas de investigación:

- (1) ¿existen diferencias en la mortalidad entre los grupos de pensionistas jubilados clasificados de acuerdo con la cuantía de su pensión inicial?
- (2) En el supuesto de existir tales diferencias, ¿Son estadísticamente significativas o pueden aparecer simplemente por azar?
- (3) ¿se pueden detectar tendencias diferentes en la esperanza de vida entre los grupos de pensionistas que puedan conducir a un aumento o una reducción de las desigualdades a lo largo del tiempo?

DATOS Y METODOLOGÍA

Se utiliza la Muestra Continua de Vidas Laborales (MCVL, 2005-2018) para investigar las disparidades en mortalidad por grupo socioeconómico entre los hombres jubilados de 65 años o más durante el período más largo posible cubierto por esta fuente de datos: 2005-2018. El indicador único del estatus socioeconómico es la cuantía de la pensión inicial (PI) de la población jubilada.

El gradiente social de la mortalidad se cuantifica de dos formas: primero se estima un indicador denominado “mortalidad relativa” que se utiliza para comparar las tasas de mortalidad graduadas entre los hombres jubilados en los mismos grupos de edad durante tres periodos diferentes (2005-2010; 2011-2014; 2015-2018). En segundo lugar, se estudian los cambios en la esperanza de vida por nivel de pensión inicial a lo largo de estos tres periodos con la estimación de la esperanza de vida completa a los 65 años.

RESULTADOS

Se encuentra una relación inversa entre riesgo de mortalidad y grupo socioeconómico. La relación es más débil con el aumento de la edad del grupo en consideración.

La esperanza de vida a los 65 años (LE65) está positivamente relacionada con los niveles de PI. A mayor PI mayor es la LE65. Para el período 2005-2010 se encuentra una disparidad en la esperanza de vida de 1,49 años entre los pensionistas de los grupos de ingresos más altos y bajos.

Esta brecha se amplía con el tiempo y alcanza los 2,57 años en el período 2015-2018. Aunque estas desigualdades son relativamente pequeñas, son estadísticamente significativas.

Los resultados están en línea con los alcanzados por otros autores, Regidor et al., (2012), Kulhánová et al. (2014), Mackenbach et al. (2017) y Solé-Auró et al. (2020), que concluyen que las desigualdades en mortalidad, comparadas con las encontradas en la mayoría de los países europeos, son relativamente pequeñas entre la población adulta. Junto con otros factores, (dieta mediterránea y comida saludable, la extensa red de servicios sociales, el tardío proceso de modernización económica) una combinación de elementos como el diseño del sistema de pensiones, la universalidad y buena calidad del sistema de salud, y los altos niveles de apoyo familiar podrían explicar que las desigualdades en la esperanza de vida de los hombres jubilados son relativamente pequeñas. Esta sería una de las líneas de investigación a continuar junto con el análisis en profundidad del colectivo de mujeres.

REFERENCIAS

KULHÁNOVÁ I., BACIGALUPE A., EIKEMO T. A., BORRELL C., REGIDOR E., ESNAOLA S., MACKENBACH J. P., Eurothine consortium, “Why does Spain have smaller inequalities in mortality? An exploration of potential explanations”, *European journal of public health*, 24(3), 2014, p. 370-377. doi: 10.1093/eurpub/cku006

MACKENBACH J. P., “Persistence of social inequalities in modern welfare states: Explanation of a paradox”, *Scandinavian Journal of Public Health*, 45, 2017, p. 113–120. doi: 10.1177/1403494816683878

MACKENBACH J. P., BOPP M., DEBOOSERE P., KOVACS K., LEINSALUE M., MARTIKAINEN P., MENVIELLE G., REGIDOR E., GELDER R. DE, “Determinants of the magnitude of socioeconomic inequalities in mortality: A study of 17 European countries”, *Health & Place*, 47, 2017, p. 44-53. doi: 10.1016/j.healthplace.2017.07.005

MCVL, 2005-2018, Muestra Continua de Vidas Laborales. Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Gobierno de España, <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST211>

PÉREZ-SALAMERO GONZÁLEZ, J.M., REGÚLEZ CASTILLO, M. Y VIDAL MELIÁ, C. Mortality and life expectancy trends for male pensioners by pension income level. Documentos de Trabajo (ICAE), ISSN-e 2341-2356, N°. 2, 2021, p. 1-20.

<https://eprints.ucm.es/id/eprint/63900/1/2102.pdf>

REGIDOR E., KUNST A. E., RODRÍGUEZ-ARTALEJO F., MACKENBACH J. P., “Small socio-economic differences in mortality in Spanish older people”, *European Journal of Public Health*, 22, 2012, p. 80-85. doi: 10.1093/eurpub/ckr051

SOLÉ-AURÓ A., MARTÍN U., DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ A., Educational “Inequalities in Life and Healthy Life Expectancies among the 50-Plus in Spain”, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17, 2020, 3558. doi: 10.3390/ijerph17103558

AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen la ayuda económica recibida del proyecto de I+D+i PID2020-114563GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, del proyecto RTI2018-097087-B-100 del Ministerio de Economía y Competitividad, del proyecto AICO/2019/075 de la Generalitat Valenciana, y del proyecto IT1336-19 del Gobierno Vasco.

DIFERENCIAS EN LA ESPERANZA DE VIDA ENTRE TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y ASALARIADOS CUANDO SE JUBILAN: EVIDENCIA DE LOS REGISTROS DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

Juan Pérez-Salamero González

Marta Regúlez Castillo

Carlos Vidal Meliá

Universidad de Valencia
Universidad del País Vasco
Departamento de Economía Financiera y Actuarial
Facultad de Economía
Av. Tarongers, s/n
Valencia, Valencia 46022
961625078
juan.perez-salamero@uv.es
www.uv.es/perezsa

ÍNDICE

- INTRODUCCIÓN
- DATOS
- METODOLOGÍA
- RESULTADOS
- DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES
- REFERENCIA BÁSICA
- AGRADECIMIENTOS

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

Este trabajo investiga las diferencias en la esperanza de vida entre los jubilados que trabajaron por cuenta ajena y los que lo hicieron como trabajadores autónomos en España, clasificándolos según la cuantía inicial de las pensiones de jubilación. Se ha

utilizado la base de datos Muestra Continua de Vidas Laborales (MCVL), que contiene datos administrativos procedentes de los registros de la Seguridad Social. Se han cuantificado los cambios en la esperanza de vida total a los 65 años (LE65) de los hombres jubilados, durante el período 2005-2018. Estos cambios se desglosan para las pensiones del régimen general y para el régimen especial de autónomos según el nivel de la cuantía inicial de la pensión para tres períodos (P1: 2005-2010, P2: 2010-2014, P3: 2014-2018), siendo éste el único indicador del estatus socioeconómico de la población jubilada que se ha tenido en cuenta. Este enfoque permite responder con precisión a cuatro preguntas básicas:

- a) ¿Existen diferencias en la esperanza de vida entre los grupos de jubilados de los dos regímenes?
- b) ¿Existen diferencias entre los grupos según la cuantía de la pensión inicial?
- c) Si hay diferencias, ¿son estadísticamente significativas?
- d) ¿Existen diferencias en las tendencias de la esperanza de vida entre los grupos por cuantía de pensión y/o los grupos de regímenes de pensiones?

DATOS

Se excluyó la primera ola de datos de la MCVL (2004) porque no era posible determinar de manera exacta la edad actuarial de los beneficiarios y no se contaba con los identificadores de cada pensión. Se asignaron los pensionistas a cada grupo de pensión de acuerdo con las cuantías de las pensiones mínimas (Min) y máximas (Max) vigentes al momento de su jubilación siguiendo los siguientes criterios:

- Baja: $B1 \leq \text{Min}$;
- Media-baja: $\text{Min} < B2 \leq (50\% \text{ Max} + 33\% \text{ Min})$;
- Media-alta: $(50\% \text{ Max} + 33\% \text{ Min}) < B3 \leq 75\% \text{ Max}$;
- Alta: $B4 > 75\% \text{ Max}$

En el caso de los autónomos, los grupos de pensionistas con pensiones Media-alta y Alta incluyen a muy pocos individuos, por lo que la estimación de la esperanza de vida es muy poco fiable. Por este motivo, para dicho régimen, se ha excluido del análisis a esos dos grupos de pensionistas, lo que representa el 2.53%, 2.58% y 3.24% de los pensionistas expuestos al riesgo de mortalidad para los tres períodos analizados, respectivamente.

METODOLOGÍA

Para construir tablas de vida de períodos completos desde los 65 años hasta los 101 años y calcular LE65 para los tres períodos diferentes, se ha utilizado la función Mort1Dsmooth del paquete MortalitySmooth de R, específicamente diseñado para la investigación de la mortalidad.

Se ha estudiado si existen diferencias estadísticamente significativas de esperanza de vida entre los grupos de pensionistas, según régimen y/o según cuantía de la pensión inicial y por períodos, mediante test de hipótesis, basados en la distribución normal, utilizando el error cuadrático medio de dichas diferencias.

RESULTADOS

En este estudio, LE65 es ligeramente superior para los autónomos que para los jubilados asalariados. Para 2005–2010, se obtiene una brecha en la esperanza de vida de 0,23 años entre los jubilados del régimen general respecto a los de autónomos. Esta brecha se amplía a 0,55 años en 2014-2018. Se puede observar una tendencia similar cuando se consideran los grupos según la cuantía de la pensión inicial. Para 2005-2010, la brecha en LE65 entre los pensionistas de pensiones más bajas y el grupo con pensiones más altas es de 1,20 años. Esta brecha se amplía con el tiempo para llegar a 1,51 años en 2014-2018. Aunque estas desigualdades son relativamente pequeñas, son estadísticamente significativas.

Respondiendo estos resultados a las cuatro cuestiones planteadas en el planteamiento de la esta investigación.

DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

Se ha encontrado que, para España, la LE65 es ligeramente superior para los jubilados del régimen de autónomos respecto a los del régimen general. Al contrario de lo observado en países como Italia, Finlandia y Japón, aunque en línea con otros estudios sobre Alemania, Italia y nuevamente Japón. También se ha encontrado una asociación positiva entre la cuantía de las pensiones iniciales y la esperanza de vida para el conjunto de pensionistas hombres jubilados, considerando los dos regímenes a la vez.

Las tendencias para el período completo analizado muestran que las brechas entre la esperanza de vida por nivel de cuantía de pensión se han ampliado.

Que la esperanza de vida a los 65 años para los autónomos jubilados sea mayor que la de los trabajadores por cuenta ajena jubilados, teniendo de promedio aquellos una menor cuantía de pensión inicial podría explicarse por la existencia de ingresos no observados, que no estarían incluidos en el indicador único de estatus social elegido, por lo que es necesario realizar más investigaciones al respecto.

Las implicaciones para la política de seguridad social son evidentes: las diferencias en la esperanza de vida según el nivel socioeconómico y el régimen de pensiones podrían tenerse en cuenta para una variedad de cuestiones relacionadas con los regímenes de seguridad social.

Estas incluyen el establecimiento de la edad ordinaria de jubilación y el acceso a la jubilación anticipada, el cálculo de los factores utilizados para determinar la cuantía de la pensión inicial y la valoración de los compromisos asumidos con los jubilados.

REFERENCIA BÁSICA

Pérez-Salamero González, J.M., Regúlez-Castillo, M. & Vidal-Meliá, C. Differences in Life Expectancy Between Self-Employed Workers and Paid Employees when Retirement Pensioners: Evidence from Spanish Social Security Records. *Eur J Population* 37, 697–725 (2021).

<https://doi.org/10.1007/s10680-021-09585-1>.

AGRADECIMIENTOS

Los autores agradecen a David Atance del Olmo su contribución activa a las versiones anteriores. También agradecen la ayuda económica recibida del Ministerio de Economía y Competitividad (Ministerio de Economía y Competitividad), proyectos ECO2015-65826-P, RTI2018-097087-B-100, la Generalidad Valenciana, proyecto AICO / 2019/075, y Gobierno Vasco, proyecto IT1336-19.

EL MERCADO DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS “VERDES”: REALIDAD Y PARADOJAS

Elia Cerrato García

Estudiante de doctorado
Leonardo Prieto Castro 2,
28040 Madrid (Madrid)

ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN.
- 2. MARCO NORMATIVO DE LAS FINANZAS VERDES: LA OBLIGACIÓN DE DIVULGAR INFORMACIÓN SOSTENIBLE.
- 3. TITULIZACIÓN “VERDE”. MARCO REGULATORIO, DEBER DE PUBLICAR INFORMACIÓN Y PROBLEMAS DE COORDINACIÓN.
 - 3.1 ¿Debería el emisor tener en cuenta la “taxonomía verde” del activo al diseñar instrumentos financieros negociables?
 - 3.2. ¿Quién debería publicar la “naturaleza verde” del activo (emisores, patrocinadoras u originadoras)?
- 4. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CUANDO LOS OPERADORES DEL MERCADO NO PUBLICAN LOS CRITERIOS MEDIOAMBIENTALES VINCULADOS A LOS PRODUCTOS FINANCIEROS QUE VENDEN Y/O A SU ACTIVIDAD ECONÓMICA.
 - 4.1 Deberes fiduciarios y la responsabilidad corporativa por incumplimiento del criterio de sostenibilidad.
 - 4.2 Información medioambiental engañosa y el estándar de materialidad.
- 5. CONCLUSIÓN: ¿DE LA PARADOJA A LA REALIDAD?

RESUMEN

Las finanzas verdes han promovido la aparición de "instrumentos financieros verdes" simples y complejos. Aunque las empresas pueden esperar ser percibidas como sostenibles, pueden tener incentivos para eludir la ley y adoptar un comportamiento

oportunista cuando deben revelar los riesgos medioambientales relacionados con los valores verdes que ofrecen a los inversores. Para cumplir con los requisitos de transparencia y revelar los riesgos medioambientales relevantes que necesitan los inversores, los actores corporativos y financieros deben rendir cuentas de sus decisiones. Si comparamos las iniciativas de financiación sostenible con la actual normativa de valores de la UE, el problema de la falta de compromiso, en nuestra opinión, no parece tanto una cuestión de integración de nuevas obligaciones de divulgación obligatoria como de los mecanismos de aplicación existentes para disuadir de comportamientos oportunistas. Reforzar los mecanismos públicos, y también privados de ejecución podría reforzar la protección de los inversores e impulsan la credibilidad en las finanzas verdes.

EL ESTADO ACTUAL DE LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE CRIPTOACTIVOS

Alejandro Llopis Blanque

Profesor Ayudante

Carr. de San Vicente del Raspeig, s/n,
03690 San Vicente del Raspeig, Alicante
965902348

alejandro.llopis@ua.es

ÍNDICE

- I.-INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO REGULATORIO ACTUAL. 1.- Normativa europea en materia de Nuevas tecnologías. El Reglamento MiCA. 2.- Normativa española. 2.1.- La Ley de Competencia desleal. 2.2.- La Ley General de Publicidad. 2.3.- La Circular 2/2020, de la CNMV, sobre publicidad de productos y servicios de inversión. II.- PRINCIPALES CUESTIONES SUSCITADAS. III.- CONCLUSIONES. IV.-BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

Como ha reconocido nuestra principal autoridad regulatoria de los mercados de valores, la presencia de los criptoactivos en el sistema financiero español viene experimentando un crecimiento constante y sostenido en los últimos años. Tanto la CNMV como el Banco de España han mostrado su preocupación sobre el riesgo de este tipo de activos como instrumentos de inversión, debido a su extrema volatilidad, complejidad, falta de transparencia y; sobre todo, por la carencia de un adecuado marco regulatorio a nivel europeo en esta materia. Estos factores implican la existencia de un ámbito de inversión de elevado riesgo, especialmente para los inversores no profesionales.

**FUTURO DEL CRÉDITO REVOLVENTE TRAS LA ÚLTIMA
JURISPRUDENCIA Y LA ENTRADA EN VIGOR DE LA ORDEN ETD
699/2020, DE 24 DE JULIO**

Carmen Muñoz Delgado

Prof. Ayudante Doctor Facultad de Derecho (UNED)
c/ Obispo Trejo, 3
28040 MADRID
651653534
cmunoz@der.uned.es

ÍNDICE

- I. INTRODUCCIÓN: LOS CRÉDITOS REVOLVENTES Y SU PROBLEMÁTICA.
- II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: CONTROL DE LA USURA Y CONTROL DE TRANSPARENCIA E INCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS.
- III. III.- LA ORDEN ETD 699/2020, DE 24 DE JULIO
- IV. FUTURO DEL CRÉDITO REVOLVENTE.

I. INTRODUCCIÓN: LOS CRÉDITOS REVOLVENTES Y SU PROBLEMÁTICA

Los créditos revolventes o créditos revolving se definen como “crédito al consumo con interés de duración indefinida o de duración definida prorrogable de forma automática concedido a personas físicas en el que el crédito dispuesto no se satisface en su totalidad al final del período de liquidación pactado” (art. 33 bis Orden EHA/2899/2011, introducido por el art. 3.6 Orden ETD/699/2020). Es decir, se está ante un contrato indefinido, oneroso, consistente en “un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente” (preámbulo, I, pár. 2º, Orden ETD/699/2020). Ahora bien, es necesario analizar sus caracteres y su funcionamiento para comprender la problemática originada por este tipo de operaciones. Son numerosas las reclamaciones judiciales y extrajudiciales entre particulares consumidores y entidades financieras que cuestionan la validez de estos contratos de crédito por la naturaleza usuraria del interés remuneratorio y/o por la falta de control de transparencia de la cláusula sobre el interés.

En este sentido, desde los Servicios del Banco de España se ha determinado que son créditos con un principal de pequeña cuantía gravado por unos intereses elevados y unas cuotas de devolución con importes reducidos -que a veces no son suficientes ni para cubrir los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles- que hacen que la amortización del principal pueda demorarse un tiempo considerable. Este

funcionamiento de los créditos revolventes supone que se llegará al pago total de una cifra elevada de intereses a medio y largo plazo ya que se calcula sobre el total de la deuda pendiente en cada período, “lo que ocasiona al final que la deuda crezca de tal manera que difícilmente puede ser satisfecha con esta forma de pago”.

II. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: CONTROL DE USURA Y CONTROL DE TRANSPARENCIA E INCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS

Las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 628/2015, de 25 de noviembre (caso Sygma Mediatis) y núm. 149/2020, de 4 de marzo (caso Wiznk), han sentado jurisprudencia sobre los créditos revolventes (en su forma de “tarjetas revolving”). La primera falló que el tipo de interés pactado era “notablemente superior” al tipo medio del mercado de referencia -no el interés nominal sino la TAE-, lo que no era justificable y, en consecuencia, debía declararse “usurario”, lo que conlleva la nulidad de la operación crediticia (art. 3 LRU) . El fallo de esta Sentencia se basa en los requisitos legales que determinan un contrato usurario (art. 1 LRU) y en que el interés remuneratorio no puede ser sometido a control de cláusulas abusivas pues es un elemento esencial del contrato, pero sí puede someterse al control de transparencia para asegurar que el consentimiento se ha prestado por el prestatario conociendo las consecuencias económicas que la operación de crédito le supone, así como las ofertas de otras entidades que pudiera escoger .En el mismo sentido, el Pleno del Tribunal Supremo, con el fin de reducir la litigiosidad creada , dictó la Sentencia. 149/2020, de 4 de marzo, en la que se considera usurario un interés que excediera en más de seis puntos porcentuales el interés medio de las tarjetas de pago aplazado, partiendo de que un interés anual del 20% anual ya se tiene que considerar como muy elevado . De forma que concluye que, para determinar si el tipo de interés aplicado a las tarjetas revolving es o no usurario, “ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, [...] por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda”. Esta doctrina ha sido avalada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Auto de 25 de marzo de 2021)

Se llega a través de esta doctrina jurisprudencial y su aplicación reiterada por instancias inferiores a una verdadera reconfiguración del supuesto de hecho de la usura, que trasciende del propio crédito revolviente; de forma que actualmente basta con atender a los elementos objetivos del artículo 1 de la Ley de Usura (interés «notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso») para concluir que un contrato es usurario, con independencia de los caracteres subjetivos del prestatario («situación angustiosa», la «inexperiencia» o «de lo limitado de sus facultades mentales»).

Ahora bien, la sentencia de 4 de marzo mantiene abierta la vía de la nulidad de la estipulación que fija el interés remuneratorio de forma que “puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores” (fundamento jurídico, quinto, 1) . En este aspecto, hay que destacar que el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España consciente de esta realidad de las tarjetas revolving ofrece en su Memoria de Reclamaciones del año 2019 una serie de buenas prácticas respecto de estos créditos financieros que podría afirmarse son la base

de las normas recogidas en la Orden ETD/699/2020, de regulación del crédito revolvente.

III. LA ORDEN ETD 699/2020, DE 24 DE JULIO

El objetivo de la Orden es redundar en la necesaria reducción de la litigiosidad y generar certidumbre en estas operaciones. Pues bien, con esta finalidad se delimita el concepto normativo de crédito revolvente y se fijan unas orientaciones destinadas a las entidades en relación con la valoración de la capacidad de devolución de sus clientes, detallando obligaciones en materia de transparencia que aseguran que, tanto antes de prestar su consentimiento como durante toda la vigencia del contrato, los clientes comprendan correctamente las consecuencias jurídicas y económicas de estos productos, evitando así, en último término, que el desconocimiento sobre su funcionamiento y consecuencias económicas puedan conducirles a niveles de endeudamiento excesivo en algunos casos. Para ello, se adoptan medidas de refuerzo de la transparencia y de la evaluación de solvencia.

IV.- FUTURO DEL CRÉDITO REVOLVENTE

La realidad del mercado financiero muestra que el crédito revolvente sigue siendo uno de los servicios más ofertados por las entidades financieras (no solo por bancos, sino también por otras entidades como aerolíneas, supermercados o cadenas de distribución que tienen detrás una financiera) y más demandados por los clientes para la adquisición de bienes de consumo y la obtención de liquidez rápida. Ello no implica que el futuro del crédito revolvente esté clarificado Nada más lejos. La reconfiguración jurisprudencial del supuesto de hecho usuario y las medidas de transparencia introducidas por la Orden ETD 699/2020 no han sido suficientes para evitar la litigiosidad.

Actualmente, además de los controles de usura y de incorporación y transparencia de las cláusulas de interés, se empiezan a plantear nuevas reclamaciones sobre estos créditos basadas en:

- El interés pactado y su comparabilidad:
 - Los índices que compara el Tribunal Supremo no son homogéneos: la TAE fijada en el contrato y el TEDR publicado en el Boletín estadístico del Banco de España no representan los mismos factores .
 - La falta de una TAE fija durante toda la vigencia de la relación contractual conlleva que no sea adecuado fijar como elemento de referencia para considerar el interés pactado como usurario el establecido inicialmente en el contrato .
- El funcionamiento del crédito revolvente: Aplicación del anatocismo (art. 1109 Cc), ya que las cuotas comprenden no solo pago de intereses sobre el principal sino también sobre los propios intereses
- La actuación del prestamista: Negligencia en el cumplimiento de las obligaciones de lealtad e información como comercializador del producto.

Por tanto, se podría afirmar claramente que no existe la intención de prohibir los créditos revolventes, pero sí la hay de fijar una mayor protección del prestatario (a la postre, consumidor) frente a los riesgos asociados a la operación (larga duración de la amortización, control de los intereses totales satisfechos) de forma que dichos productos se mantenga dentro de los parámetros admitidos por la legislación. En conclusión, se requiere un análisis detallado de las características propias de los créditos revolventes para que el legislador fije unas reglas claras y precisas de la contratación y comercialización de estos créditos “revolving”.

GOBIERNO CORPORATIVO DE LA CIBERSEGURIDAD DE REDES Y SISTEMAS EN LAS ENTIDADES FINANCIERAS

Elena F. Pérez Carrillo

Prof. Derecho Mercantil

Universidad de León

Derecho Mercantil. Facultad de Derecho, León, León 27071

609854166

eperc@unileon.es

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=176674>

ÍNDICE

- I.- PLANTEAMIENTO: RIESGOS DE SEGURIDAD DE REDES Y SISTEMAS EN LAS ENTIDADES FINANCIERAS
- II.- APROXIMACIÓN COMPARADA
- III.- GOBIERNO CORPORATIVO
 - 1. Nuevas figuras de gestión relacionadas con la seguridad de sistemas y redes en el sector financiero
 - 2. El papel del consejo de administración ante los retos de la digitalización y la ciberseguridad
 - 3. Supervisión
- IV.- Conclusiones
- V.- Bibliografía

RESUMEN

La importancia que adquieren los procesos que se desarrollan en el espacio digital empresarial, como la gestión de datos de clientes y proveedores u otros más complejos basados en Inteligencia Artificial (IA), es creciente. Su relevancia, tanto en la gobernanza interna de las empresas del sector financiero, como en la relación de éstas con los prestadores de servicios de tecnología y en la intervención de éstas en los mercados, exige esfuerzos de adaptación a las entidades, a sus supervisores, reguladores y al legislador. Los comportamientos debidos, obligaciones y responsabilidades derivadas de los procesos automatizados, apoyados en IA o en general en las tecnologías de comunicación (TIC) no están todavía completamente definidos en el plano regulatorio. Pero, algunas investigaciones y decisiones sancionadoras en derecho extranjero contribuyen a perfilar estas cuestiones que aquí se abordan desde la

experiencia comparada de Estados Unidos y de la Unión Europea, y en relación especialmente con las entidades financieras sometidas a supervisión

Tras una imprescindible aproximación conceptual y terminológica abordamos el estado de la cuestión en dos grandes conjuntos de ordenación jurídica: Estados Unidos y Unión Europea. La perspectiva que emplearemos será, fundamentalmente, la de las obligaciones legales y regulatorias de las entidades financieras, especialmente las que, por su volumen sistémico y por su participación como emisores, e intermediarios en mercados de valores, son objeto de supervisión por parte de las autoridades de valores. Deberemos también apoyarnos en experiencias, especialmente supervisoras y sancionadoras, relativas a entidades cotizadas, dentro y fuera del sector financiero.

Reflexionaremos sobre la necesidad de adaptar la gobernanza corporativa, especialmente interna, en el sector financiero para, al menos incorporar las competencias y funciones de las nuevas figuras de gestión que están apareciendo en el ámbito de la seguridad de redes y sistemas o en el de la protección de Datos.

Procuraremos alcanzar conclusiones fundadas, aportando una visión con perspectiva de futuro en el corto plazo. Y, dar cuenta de las bases bibliográficas y documentales empleadas en la elaboración del trabajo.

LAS CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO Y LIMITATIVAS DE DERECHOS EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS

Jaume Llorca Galiana

Profesor Ayudante
Universidad de Alicante, Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Mercantil
Sant Vicent del Raspeig, Alicante.
965902348
jaume.llorca@ua.es

ÍNDICE

- I.-INTRODUCCIÓN. II. CLÁUSULAS DELIMITADORAS DEL RIESGO. 1. Concepto y requisitos. 2. Condiciones generales. III. CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE DERECHOS. 1. Concepto y requisitos. 2. Aceptación expresa y nulidad. 3. Cláusulas lesivas IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Las cláusulas delimitadoras del riesgo y limitativas de derechos han dado lugar a una variada interpretación dado que la LCS no prevé una distinción entre los diferentes tipos de cláusulas, provocando que su construcción sea eminentemente doctrinal y jurisprudencial. La amplia casuística que presentan los diferentes tipos de contratos de seguros ha provocado que se deba analizar cada situación concreta para determinar si se está ante una cláusula delimitadora o limitativa.

En todo caso, se puede entender que las cláusulas delimitadoras del riesgo son aquellas cuya finalidad es determinar los elementos esenciales del contrato, concretando los riesgos asegurados, la cuantía, el plazo y el ámbito espacial.

LOS SEGUROS DE P&I, EL TERCERO PERJUDICADO Y LAS CLÁUSULAS ARBITRALES: UN PROBLEMA DE DIFÍCIL SOLUCIÓN

Albano Gilabert Gascón

Investigador predoctoral

Instituto Universitario de Derecho del Transporte (IDT)

Universitat Jaume I

Castellón de la Plana (Castellón) 12071

689331477

agilaber@uji.es

[linkedin.com/in/albano-gilabert-gascón-112482130](https://www.linkedin.com/in/albano-gilabert-gascón-112482130)

ÍNDICE

I.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II.- LA EXCLUSIÓN DEL ARBITRAJE Y EL CONTROL DE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES. III.- LAS CONSECUENCIAS DE LA INCLUSIÓN DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS SEGUROS DE P&I

RESUMEN

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el ámbito marítimo, la responsabilidad civil frente a terceros suele ser asegurada mediante los seguros de P&I, cuya especialidad reside en la existencia de una regla de previo pago. En su virtud, el Club de P&I no tendrá ninguna obligación con respecto a su asegurado en tanto en cuanto este no indemnice a la víctima del siniestro. Además, dado que es habitual que las partes acuerden someter sus controversias a arbitraje, cuando surjan conflictos de jurisdicción entre partes domiciliadas en distintos Estados miembros, no será de aplicación el Reglamento n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil (en adelante, Reglamento Bruselas I bis), habida cuenta de la exclusión contenida en el artículo 1.2.d).

II. LA EXCLUSIÓN DEL ARBITRAJE Y EL CONTROL DE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES

La exclusión del arbitraje, especialmente con respecto al control de la validez o la aplicabilidad del convenio arbitral, ha sido fuente de grandes controversias desde el

Convenio de Bruselas de 1968. Al respecto, el TJUE señaló que, cuando el objeto principal de la controversia estuviese incluido en su ámbito de aplicación, el tribunal que ostentara jurisdicción de conformidad con las normas europeas sobre competencia judicial en materia civil y mercantil tendría competencia exclusiva para decidir si la controversia había de someterse o no a arbitraje.

Ahora bien, el régimen descrito fue modificado con la entrada en vigor del Reglamento Bruselas I bis. Y es que, tal como sostuvo buena parte de la doctrina, esta interpretación favorecía la proliferación de las llamadas «acciones torpedo». Por ello, la nueva norma prevé que la decisión que, de forma incidental, adopte un juez nacional sobre la validez o la aplicabilidad de un convenio arbitral no vinculará a los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros. Ahora bien, si tras declarar inaplicable el convenio, el órgano jurisdiccional resuelve sobre el fondo del asunto, esta última decisión sí que deberá ser reconocida.

Con todo, el nuevo régimen tampoco parece solventar todos los problemas existentes. En efecto, pese a que en la Propuesta de Reglamento se introdujo un precepto que atribuía a los tribunales del Estado miembro de la sede del arbitraje la competencia para decidir sobre la validez del convenio arbitral (art. 29.4), finalmente, aquel no fue incluido en la versión definitiva del Reglamento. Además, tampoco se permite que los tribunales del Estado miembro de la sede del arbitraje dicten una anti-suit injunction con el objeto de impedir a las partes iniciar un procedimiento judicial por considerar válida la cláusula arbitral.

III.- LAS CONSECUENCIAS DE LA INCLUSIÓN DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN LOS SEGUROS DE P&I

En el ámbito de los seguros marítimos, el tratamiento que del arbitraje realiza el Reglamento Bruselas I bis es susceptible de crear problemas cuando el tercero perjudicado, en virtud de la regla del *forum actoris* (art. 11), interponga la acción directa ante los tribunales de su domicilio, y estos, tras examinar la aplicabilidad de la cláusula arbitral, la declaren inoponible y condenen al Club de P&I a indemnizar al perjudicado por los daños causados por su asegurado.

Y es que la ausencia de mecanismos de litispendencia podría provocar que, de forma paralela, el Club entablara una acción declarativa negativa ante el tribunal arbitral designado en el seguro y este, de conformidad con el Derecho elegido por las partes en la póliza, reconociera su competencia para decidir sobre la acción directa y, con anterioridad a la sentencia, emitiera un laudo en el que exonerara al Club de P&I de responsabilidad en aplicación de la «pay to be paid rule». Ello es lo que sucedió en el caso *Prestige*.

En mi opinión, lo anterior supone un grave perjuicio para el tercero que se dirige frente al Club de P&I, pues el hecho de que exista una resolución con fuerza de cosa juzgada —el laudo arbitral— en el Estado miembro en el que se pretende ejecutar una eventual sentencia estimatoria de sus pretensiones, en principio, impediría su reconocimiento, de conformidad con los artículos 39 y 45 del Reglamento Bruselas I bis. Con todo, esta cuestión está pendiente de ser resuelta, precisamente, en el caso *Prestige*.

En efecto, la Audiencia Provincial de A Coruña inició, en marzo de 2019, el procedimiento para ejecutar la sentencia española en el Reino Unido. El Club de P&I se opuso a la ejecución alegando la existencia de una resolución firme previa e

inconciliable. Ante las dudas, el tribunal inglés decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, en la que solicita una interpretación del artículo 34 del Reglamento Bruselas I (actual artículo 45 del Reglamento Bruselas I bis).

Si, como parece posible, el Tribunal europeo entiende que un laudo dictado con anterioridad y confirmado por los tribunales de la sede del arbitraje es inconciliable con una sentencia posterior dictada por el órgano jurisdiccional que fuera competente de conformidad con las normas de conflicto de la UE, el sistema diseñado por el Reglamento Bruselas I bis provocaría que, en estas controversias, se produjera una carrera entre las partes. Y es que la parte que primero obtenga una resolución favorable de carácter firme será la que podrá ver satisfechos sus intereses.

En el caso de la acción directa en el ámbito marítimo entre partes domiciliadas en distintos Estados miembros, lo anterior puede conducir a que el tercero perjudicado quede privado de los derechos que le otorga la ley para obtener de la aseguradora la reparación de los daños y perjuicios causados por su asegurado. En efecto, al Club de P&I, en principio, le bastaría con introducir en la póliza una cláusula de sumisión a arbitraje y de sometimiento al ordenamiento de un Estado que no reconozca la acción directa o que le otorgue carácter contractual para poner en riesgo o, incluso, evitar las consecuencias de la acción directa.

Ello parece contravenir los principios de previsibilidad y seguridad jurídica en los que se inspira el propio Reglamento. Y es que la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el tercero perjudicado va a depender, en gran medida, de la velocidad con la que los tribunales resuelvan la cuestión. Además, habida cuenta de que las reglas especiales en materia de seguros del Reglamento Bruselas I bis tienen el propósito de proteger a la parte más débil de la relación, no parece razonable que el tercero perjudicado quede desprotegido por la existencia de una cláusula arbitral en una póliza que no firmó ni podía prever.

En definitiva, para solucionar los problemas de forum shopping que se suscitan, desde mi punto de vista, la solución pasaría por incluir una disposición que sancionara las conductas abusivas. De esta manera, pese a que las acciones declarativas negativas han sido admitidas por el TJUE, serían contrarias al Reglamento cuando fueran interpuestas por los Clubes de P&I con el único propósito de obtener un laudo firme que evite que el perjudicado pueda hacer valer los derechos que pudiera tener frente a aquellos.

UN AÑO TRAS LA APROBACIÓN DEL REGULATORY SANDBOX: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA

María Gómez Santos

Prof. Ayudante Doctora

Área de Derecho Mercantil (USAL)

Facultad de Derecho

Campus Unamuno, s/n

37007, Salamanca

+34 691309367

magosan@usal.es

ÍNDICE

I. LA IMPLANTACIÓN DEL REGULATORY SANDBOX EN ESPAÑA: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROBLEMAS DETECTADOS.

II. PROPUESTAS DE MEJORA.

1. En materia de protección de datos de carácter personal.
2. En materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

III. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El fenómeno FinTech se erige como un instrumento clave para la digitalización del sistema financiero capaz de reducir la información asimétrica y de mejorar la asignación de los riesgos. Pero, a su vez, este mismo fenómeno supone un gran desafío, pues impacta de manera directa en el mercado tradicional, bien como consecuencia del desarrollo de nuevos productos, bien a raíz de la incorporación de nuevos actores. En este contexto, mediante la presente Comunicación se intentará, de manera sintética, (i) ofrecer una panorámica general sobre el estado de la cuestión y el grado de implantación del sandbox regulatorio en España tras la publicación de la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero, (ii) identificar los principales problemas que se han detectado tras la primera cohorte y, a la vista de los inconvenientes apuntados, (iii) proponer una serie de mejoras desde la perspectiva jurídica.

I. LA IMPLANTACIÓN DEL REGULATORY SANDBOX EN ESPAÑA: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y PROBLEMAS DETECTADOS.

La Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero (BOE-A-2020-14205) introduce el sandbox regulatorio en España,

desmarcándose, así, de las fórmulas empleadas en la mayoría de Estados miembros. Con la implantación del este novedoso marco regulatorio, el objetivo del legislador patrio no ha sido otro que tratar de encauzar jurídicamente el tránsito de los operadores económicos hacia los nuevos escenarios digitales, preservando, a su vez, los pilares fundamentales de la política financiera. Y, todo ello, sin afectar a los Presupuestos Generales del Estado.

En términos generales, de los resultados obtenidos en la primera convocatoria para acceder al regulatory sandbox, puede afirmarse que este ha tenido una buena acogida entre los interesados y que existe un control muy elevado por parte de las autoridades competentes a la hora de evaluar los proyectos. Así, de los 67 presentados inicialmente, tan solo 18 proyectos han sido aceptados. Por segmentos del mercado, sin duda, destaca el elevado número de proyectos admitidos cuya supervisión será llevada a cabo por el Banco de España (10 proyectos en total), mientras que los proyectos vinculados al negocio bursátil y al asegurador, supervisados por la Comisión Nacional de Mercados y Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, respectivamente, ascienden a tan solo cuatro por sector.

Ahora bien, a pesar de que estos proyectos hayan obtenido evaluaciones favorables por las distintas autoridades de supervisión financiera, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha requerido a la mayor parte de los promotores a fin de que estos implementen manuales adicionales en materia de protección de datos de carácter personal, retrasando, así, casi tres meses la puesta en ejecución de muchos de ellos. Junto a la problemática apuntada, la prevención en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo ha sido otra de las principales dificultades ante las cuales se han encontrado los promotores a la hora de conseguir la evaluación favorable de sus proyectos. En este caso, los inconvenientes han ido orientados no tanto a los requerimientos adicionales exigidos por la autoridad competente (el SEPBLAC), sino a la vaguedad de los requisitos contemplados a tal efecto en la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, para la transformación digital del sistema financiero.

II. PROPUESTAS DE MEJORA.

Identificados los problemas más significativos en la primera convocatoria, se ha publicado una “Guía de acceso al espacio controlado de pruebas” mediante la cual se pretende ofrecer información más detallada para la interpretación de la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, entre otras, en materia de protección de datos de carácter personal, así como en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

1. En materia de protección de datos de carácter personal.

En aquellos supuestos en los cuales el proyecto implique cualquier tipo de tratamiento de datos personales, el promotor deberá acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, así como en cualquier otra norma sectorial de desarrollo aplicable en materia de protección de datos. En concreto, el promotor, como responsable del tratamiento, deberá cumplir con los principios recogidos en el artículo 5 del RGPD y, de manera

especialmente acuciante, con “el principio de responsabilidad proactiva”, atribuyendo, en consecuencia, un papel crucial al delegado de protección de datos tanto en el diseño como en la eventual ejecución del proyecto.

En este sentido, los promotores que soliciten acceder al regulatory sandbox deberán incluir en la memoria justificativa la información y documentación requerida por la normativa de protección de datos para dar cumplimiento al principio de “responsabilidad proactiva”, en concreto: (i) los responsables o corresponsables del tratamiento de datos (ex. art. 26 RGPD); (ii) el registro de actividades de tratamiento; (iii) indicación de los encargados del tratamiento intervinientes, cuando proceda (art. 28 RGPD); (iv) el listado de cumplimiento normativo; (v) medidas y garantías de protección de datos por defecto; (vi) análisis de riesgos para los derechos y libertades de personas físicas; (vii) la evaluación de impacto relativa a la protección de datos o justificación de la improcedencia de realizar la misma; (viii) medidas y garantías de protección de datos desde el diseño; (ix) medidas de seguridad; (x) los procedimientos para la gestión de brechas de seguridad y, (xi) un informe del delegado de protección de datos en relación con el cumplimiento de la normativa de la protección de datos del proyecto presentado.

En cualquier caso, y aunque parezca un supuesto poco probable, si el proyecto no comporta ningún tipo de tratamiento de datos personales, será preciso aportar una justificación detallada en tal sentido a fin de exonerar al promotor de tener que incluir la referida lista de documentos e informaciones.

2. En materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

Otro pilar fundamental sobre el cual se articula el régimen jurídico del regulatory sandbox contenido en la Ley 7/2020, de 13 de noviembre, hace referencia al estricto cumplimiento de la normativa en materia de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Una disciplina que, al igual que sucede con la relativa a la protección de datos personales, opera de manera transversal en todo el ordenamiento jurídico, de modo que, en realidad, desde el punto de vista de la técnica jurídica, no habría sido necesario hacer referencia expresa a su aplicación en el sandbox.

En atención a los problemas suscitados en la primera convocatoria para acceder al espacio de pruebas, la información a suministrar por parte del promotor del proyecto en la memoria variará en función de si es, o no, sujeto obligado en los términos del art. 2 de la Ley 10/2010 de 28 de abril. Si el promotor es un sujeto obligado, las exigencias en materia de PBCFT serán más intensas. En su virtud, será necesario aportar un informe completo de los órganos internos de PCBFT del propio promotor en el que se contenga una descripción de las pruebas planteadas y de los controles aplicables, así como una opinión favorable acerca de que las mismas cumplen con la normativa de PBCFT. Por su parte, en el supuesto de que el promotor no sea sujeto obligado, deberá incluir junto a la memoria del proyecto una serie de documentos relativos al mismo. En concreto, (i) un análisis de riesgos de las pruebas a plantear desde la perspectiva de PBCFT, (ii) la descripción de los controles asociados a los riesgos identificados en las pruebas, así como (iii) una descripción detallada de los procedimientos de PBCFT a aplicar en las pruebas. Ahora bien, el supuesto de que los promotores consideren que, con razón en la propia naturaleza del proyecto presentado, no tenga implicaciones en materia de PBCFT, se deberá adjuntar una justificación motivada en tal sentido.

III. CONCLUSIÓN.

Este novedoso instrumento jurídico, el sandbox regulatorio, sin duda facilita el desarrollo y la innovación en el mercado financiero, así como su competitividad. Sin embargo, a la vista de la experiencia obtenida en este último año, parece necesaria una mayor coordinación entre las autoridades que intervienen en el proceso de acceso al espacio de pruebas y que se defina (sin ambages) en qué medida la innovación en el sector financiero ocupa una posición preeminente frente a, por ejemplo, la protección de los datos personales. La eterna pugna: innovación vs la tutela de otros derechos.

EL PRETÉRITO IMPERFECTO DE LOS SISTEMAS DE PAGO

Andrea Castillo Olano

Personal Investigador en Formación
Universidad de Zaragoza
Facultad de Derecho
C/ Pedro Cerbuna 12
50009 Zaragoza
976761409
andreacastillo@unizar.es

ÍNDICE

- I. EL ACCESO A LOS SISTEMAS DE PAGO
- II. EL FUTURO DEL MERCADO DE PAGOS
- III. DEL PRETÉRITO IMPERFECTO AL FUTURO SIMPLE DE LOS SISTEMAS DE PAGO

RESUMEN

I. EL ACCESO A LOS SISTEMAS DE PAGO

Desde 2007 la legislación de pagos pretende garantizar el acceso a los sistemas de pago en condiciones de igualdad para todos los proveedores de servicios de pago autorizados o registrados, incluidos los no bancarios. Sin embargo, las bondades de tal previsión encaminada a la apertura del mercado y al fomento de la competencia, tienen un alcance muy limitado en el contexto europeo, basado principalmente en grandes sistemas de pago de designados (de importancia sistémica).

Un sistema de pagos se define en el art. 4.7 de la vigente Directiva (UE) 2015/2366 de servicios de pago (PSD2) como «un sistema de transferencia de fondos regulado por disposiciones formales y normalizadas, y dotado de normas comunes para el tratamiento, liquidación o compensación de operaciones de pago».

El actual art. 35 PSD2 obliga a que las normas de acceso a los sistemas de pago sean objetivas, no discriminatorias y proporcionadas, y no dificulten el acceso más de lo que sea necesario para prevenir riesgos específicos (operativos, de liquidación, etc.). Sin embargo, su ap. 2 exceptúa esta obligación de accesibilidad en el caso de los sistemas de pago regulados por la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores. Además, el tenor literal de esta última parece excluir cualquier posibilidad de participación de entidades no bancarias, ni siquiera como participantes indirectos (*vid.* arts. 2.a), b) y f) Directiva 98/26/CE).

A pesar de ello, algunos Estados Miembros han permitido una ligera apertura de sus sistemas designados [avalada por la penúltima reforma del Reglamento (UE) N° 795/2014, del BCE, sobre los requisitos de vigilancia de los sistemas de pago de importancia sistémica, *vid.* art. 18.bis v)], pero la Comisión Europea considera que esto pone en entredicho la igualdad de condiciones de competencia y aumentado la fragmentación del mercado de pagos. Este es precisamente el caso del Sistema Nacional de Compensación Electrónica (SNCE), el sistema de pagos minorista español designado de conformidad con la Directiva 98/26/CE (*vid.* art. 8.1 Ley 41/1999). Iberpay reformó el Reglamento del SNCE con la preceptiva autorización del BDE en diciembre de 2020, permitiendo ahora que las entidades de pago y de dinero electrónico sean designadas como entidades accesibles («Una Entidad de Pago o Entidad de Dinero Electrónico con un BIC propio que haya sido designada como tal por un Participante Directo, quien, adicionalmente, a los efectos previstos en el presente reglamento, podrá también autorizarla a técnicamente presentar y recibir directamente Operaciones en el SNCE en su nombre y representación» *vid.* Art. Preliminar Reg. SNCE 2020). Y si bien es cierto que desde la perspectiva del mercado esta apertura es necesaria, no lo es menos que se están generando situaciones de dudosa legalidad. Urge una revisión profunda de este obsoleto marco jurídico, que dé cobertura a una realidad que evoluciona aplastante. Hay que tener en cuenta, además, que las exigencias legales del Reglamento SEPA y el futuro de este proyecto dependen de la interoperabilidad entre los mecanismos de compensación y liquidación. Conseguirla, sin embargo, es muy costoso y, por el momento, el sector privado no lo ha hecho, de modo que la accesibilidad paneuropea continúa siendo más un anhelo que una realidad.

II. EL FUTURO DEL MERCADO DE PAGOS

En la Estrategia de Pagos Minoristas, la Comisión Europea aspira a un mercado de pagos competitivo e innovador, en el que se ofrezcan soluciones de pago paneuropeas de calidad, sustentadas en infraestructuras seguras, eficientes y accesibles, que ayuden a consolidar la soberanía económica y financiera de Europa. Esto no puede alcanzarse con un marco jurídico anticuado e incoherente y, seguramente, tampoco con un mercado en el que proliferen multitud de pequeños sistemas de pago. Más probablemente su consecución refuerce una estructura de mercado caracterizada por grandes sistemas de pago en los que, tarde o temprano, habrá que dar carta de naturaleza a las entidades no bancarias. Y ello no solo garantizando su acceso, sino también unas condiciones de participación que aseguren un nivel de competencia óptimo. Porque cuando se dice que la participación indirecta de las entidades de pago y de dinero electrónico en los sistemas no es la solución ideal, es porque les hace depender de las entidades de crédito, sus competidoras directas.

Pero los intereses en liza son muchos y de muy compleja conjugación. Además de la estabilidad financiera, la innovación, la competencia... lo que está en juego es la propia configuración del mercado tal y como la conocemos, en especial, el papel de las entidades de crédito. La PSD2 les obligó a dar acceso a las cuentas de sus clientes a otros proveedores. La revisión de la Directiva 98/26/CE puede acabar con su posición estratégica de intermediarias últimas del mercado a través de los sistemas de pago.

Pero además, ya no solo constituyen una alternativa cada vez más atractiva los proveedores de servicios de pago no bancarios, sino que, ante el revuelo de los criptoactivos, especialmente las *stablecoins*, se vislumbra cerca el momento en que

otros tipos de entidades comenzarán a reclamar también su hueco en el mercado. Entonces la pregunta ya no será solo si concederles acceso a los sistemas de pago preexistentes, sino que habrá que plantearse si ellas forman su propio sistema alternativo y, en su caso, bajo qué marco jurídico. Porque las redes de registro distribuido de *stablecoins* podrían encajar a la perfección con la definición de sistema de pagos del art. 4.7 PSD2, como vienen señalando la *Financial Stability Board* y algunos autores desde hace tiempo, y recientemente ha reconocido el BCE en la Opinión emitida en relación a la Propuesta de Reglamento sobre el mercado de criptoactivos (MiCA). Y sin embargo, actualmente los «tokens de pago digital» están sujetos a supervisión del Eurosistema como instrumentos de pago. Más allá de estos nuevos retos, uno de los problemas fundamentales estriba en la falta de coherencia entre la legislación de servicios de pago y las normas relativas a los sistemas de pago, que ni siquiera cuentan con definiciones homogéneas.

III. DEL PRETÉRITO IMPERFECTO AL FUTURO SIMPLE DE LOS SISTEMAS DE PAGO

Es urgente la revisión y aclaración del régimen jurídico de los sistemas de pago, en coherencia con la PSD2 y la propuesta MiCA, para convertir su pretérito imperfecto en un futuro simple. Solo así el mercado europeo de pagos podrá evolucionar en el sentido proyectado por la Comisión Europea en la Estrategia de Pagos Minoristas y cumplir sus objetivos.

Pero además, ya no solo constituyen una alternativa cada vez más atractiva los proveedores de servicios de pago no bancarios, sino que, ante el revuelo de los criptoactivos, especialmente las *stablecoins*, se vislumbra cerca el momento en que otros tipos de entidades comenzarán a reclamar también su hueco en el mercado. Entonces la pregunta ya no será solo si concederles acceso a los sistemas de pago preexistentes, sino que habrá que plantearse si ellas forman su propio sistema alternativo y, en su caso, bajo qué marco jurídico. Porque las redes de registro distribuido de *stablecoins* podrían encajar a la perfección con la definición de sistema de pagos del art. 4.7 PSD2, como vienen señalando la *Financial Stability Board* y algunos autores desde hace tiempo, y recientemente ha reconocido el BCE en la Opinión emitida en relación a la Propuesta de Reglamento sobre el mercado de criptoactivos (MiCA). Y sin embargo, actualmente los «tokens de pago digital» están sujetos a supervisión del Eurosistema como instrumentos de pago. Más allá de estos nuevos retos, uno de los problemas fundamentales estriba en la falta de coherencia entre la legislación de servicios de pago y las normas relativas a los sistemas de pago, que ni siquiera cuentan con definiciones homogéneas.

¿CÓMO DEFENDERSE DE LOS ABUSOS COMETIDOS A TRAVÉS DE LA LETRA PEQUEÑA POR LAS ENTIDADES BANCARIAS Y FINANCIERAS EN SU ACTIVIDAD PUBLICITARIA Y CONTRACTUAL?

Ana Miranda Anguita

Becaría del Departamento de Derecho Público y Económico

Universidad de Córdoba

C/ Carbonell y Morand, núm. 18, Edificio Eur-I B-1º

636313010

anamirandaanguita@gmail.com

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN Y CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1.- El frecuente uso de la letra pequeña en la actividad bancaria de promoción y conclusión de la contratación

1.2.- En qué casos la letra pequeña se convierte en un problema jurídico y cómo ha reaccionado frente a él nuestro legislador

2.- REMEDIOS FRENTE A LA UTILIZACIÓN DE LA LETRA PEQUEÑA EN LA PUBLICIDAD BANCARIA Y FINANCIERA

2.1.- Consideraciones preliminares: la normativa aplicable

2.2.- La aplicación de la cláusula especial de los actos de engaño

2.3.- La aplicación de la cláusula especial de la violación de normas

2.4.- Consideraciones finales: acciones ejercitables

3.- REMEDIOS FRENTE A LA UTILIZACIÓN DE LA LETRA PEQUEÑA EN LOS CONTRATOS BANCARIOS Y FINANCIEROS

3.1.- Consideraciones preliminares: la normativa aplicable

3.2.- La aplicación del control de transparencia formal o control de inclusión o de incorporación: en especial, la exigencia de la perceptibilidad

3.3.- La no aplicación del control de transparencia material o control de transparencia cualificado

4.- LA LETRA PEQUEÑA DE LA PUBLICIDAD BANCARIA Y EL PRINCIPIO DE LA INTEGRACIÓN PUBLICITARIA DEL CONTRATO

4.1.- Consideraciones preliminares: significado y alcance del principio de la integración publicitaria del contrato

4.2.- Supuesto general: contratos bancarios celebrados a través de condiciones generales y clausulados predispuestos

4.3.- Supuesto más excepcional: contratos bancarios especialmente negociados entre las partes

5.- CONCLUSIONES

6.- BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

1.- INTRODUCCIÓN Y CUESTIONES PREVIAS.

En esta Comunicación nos proponemos analizar cómo puede defenderse la clientela frente a la letra pequeña que las entidades bancarias y financieras utilizan en su actividad de promoción y conclusión de la contratación. Para ello analizamos tres asuntos: 1º) En primer lugar, los mecanismos de defensa frente al uso de la letra pequeña en la publicidad bancaria y financiera. 2º) En segundo lugar, esos mismos mecanismos pero para el caso de que la letra pequeña se emplee en los contratos bancarios y financieros. 3º) Finalmente, la manera en la que incide sobre la letra pequeña de la publicidad bancaria el principio de la integración publicitaria del contrato. Previamente a este análisis, hemos de advertir que por letra pequeña se entiende aquella que es impresa en un tamaño tan reducido que resulta imperceptible por el destinatario. El uso de este tipo de letra, en principio, está permitido, pero se convierte en un problema y constituye una práctica ilícita cuando a través de ella se limita o condiciona el mensaje publicitario principal que aparece en caracteres tipográficos destacados.

La importancia de estas conductas explica que el legislador haya tenido que intervenir en esta materia. Así ha ocurrido, precisamente, en el sector bancario y financiero: primero en 2012, con una Circular pionera en el ámbito de la transparencia, y más recientemente, con la Circular 4/2020, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios, que fija exigencias concretas en lo relativo al tamaño de la letra en función de la distancia desde la cual el consumidor haya de percibir el mensaje y del medio que se utilice para difundirlo.

También el art. 80 del Texto Refundido de Consumidores (TRLDCU) aborda este asunto, exigiendo que en ningún caso el tamaño de la letra del contrato sea inferior al milímetro. Aunque esta última exigencia se dirige al uso de la letra pequeña en el contrato, creemos que es defendible una interpretación extensiva de la norma para entenderla aplicable al ámbito publicitario en general, ya que, como se infiere del art. 61 TRLGDCU, los mensajes publicitarios se “contractualizan”, en la medida en que pasan a integrar el contenido del contrato.

En apoyo de esta interpretación, cabría aportar alguna experiencia comparada, como es el caso del Derecho chileno, cuya jurisprudencia extiende al ámbito publicitario exigencias referidas a la letra pequeña en el contrato, con la finalidad de que los consumidores no sean llevados a error en la fase precontractual.

2.- REMEDIOS FRENTE A LA UTILIZACIÓN DE LA LETRA PEQUEÑA EN LA PUBLICIDAD BANCARIA Y FINANCIERA.

Como en el Derecho español contamos con una Ley dedicada expresamente a la actividad publicitaria, como es la Ley General de la Publicidad (LGP), parece necesario acudir en primer lugar a esta norma para comprobar qué solución ofrece a esta problemática. Sin embargo, la utilidad de esta Ley es escasa o nula, porque al regular la publicidad engañosa y desleal se limita a realizar una remisión a la Ley de Competencia Desleal (LCD). Por tanto, hemos de centrar la atención en esta última Ley para determinar en qué cláusulas de deslealtad tiene encaje el uso publicitario de la letra pequeña que limita o condiciona el mensaje principal por parte de las entidades bancarias y financieras. En nuestra opinión, esta práctica puede ser considerada un acto de engaño y de violación de normas en el siguiente sentido:

A) Se trata, en primer lugar, de una práctica engañosa por acción de las reguladas por el art. 5 LCD, ya que estamos ante difusión de información que, aun siendo veraz, por su forma de presentación induce a error a sus destinatarios. Es cierto que también podría tener encaje en las prácticas engañosas por omisión de las reguladas por el art. 7 LCD, pues podría considerarse un caso de ocultación de la información necesaria, ya que de querer la entidad bancaria transmitir a los consumidores la información contenida en letra pequeña, no se habrían usado caracteres tipográficos tan diminutos. No obstante, nos decantamos por concebirla como un acto de engaño por acción del art. 5 LCD, ya que es una acción (comunicar la información en un tamaño muy reducido de caracteres) la que induce o puede inducir a error al consumidor.

B) Pero además esta práctica puede considerarse un acto de violación de normas de los regulados en el art. 15.2 LCD, que considera desleal la simple infracción de normas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. La aplicación de este precepto nos parece clara, dado que la normativa que impone a las entidades bancarias y financieras un determinado tamaño a la letra usada en la publicidad (especialmente la Circular 4/2020, sobre publicidad de los productos y servicios bancarios), ha de ser considerada “normativa concurrencial”.

La subsunción de esta práctica en los actos de engaño y de violación de normas (en el sentido sintéticamente expuesto) explica que a través de ella se lesionan los intereses tanto de los consumidores como de los de los competidores, lo que justifica que unos y otros cuenten con legitimación activa para el ejercicio de las acciones que recoge la LCD. Y no sólo de forma individual, sino también a través de las organizaciones que defienden sus derechos. De hecho, el ejercicio de estos remedios procesales por dichas organizaciones se presenta mucho más atractivo que un ejercicio individual.

3.- REMEDIOS FRENTE A LA UTILIZACIÓN DE LA LETRA PEQUEÑA EN LOS CONTRATOS BANCARIOS Y FINANCIEROS.

Las cláusulas redactadas en letra pequeña se insertan en contratos bancarios celebrados a través de la técnica de las condiciones generales de la contratación o los clausulados predispuestos. Este tipo de contratos están regulados por los arts. 80 y ss. TRLGDCU, si los adherentes actúan como consumidores, y por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), cuando actúan como empresarios y/o profesionales. Esta legislación establece dos controles de transparencia distintos:

A) En primer lugar, el llamado control de transparencia formal (o control de inclusión o de incorporación), cuya finalidad consiste en garantizar al adherente la posibilidad de conocimiento de las cláusulas predispuestas, lo que no implica de ninguna manera el que tenga que producirse su conocimiento efectivo. Este control tiene especial importancia en la práctica que analizamos, pues esta no respeta la exigencia de la perceptibilidad que de él se deriva.

En concreto, la perceptibilidad exige que los clausulados contractuales puedan ser físicamente leídos en atención al tamaño de los caracteres tipográficos utilizados, así como a su forma de presentación. Por ello el legislador exige en el art. 80 TRLGDCU al menos un milímetro y medio en el tamaño de la letra y un suficiente contraste con el fondo.

Aunque estas exigencias solo se establecen para los contratos de consumo, se puede generalizar su aplicación a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales, pues (como ha señalado un sector de la doctrina) a estos sujetos no cabe atribuirles un mayor grado de agudeza visual que a los consumidores. Por tanto, las condiciones generales o cláusulas predispuestas que se redacten con letra pequeña que incumpla la exigencia de la perceptibilidad han de considerarse ineficaces y nulas de pleno derecho.

B) Hemos de preguntarnos, por otra parte, si a las cláusulas redactadas en letra pequeña que incumplen la exigencia de la perceptibilidad (por ser ilegibles) y se refieren a los elementos esenciales o parte económica del contrato se les ha de aplicar también el control de transparencia material. Nuestro Tribunal Supremo responde a esta cuestión de forma negativa, al sostener que el segundo control de transparencia se aplica una vez que es superado el control de transparencia formal, que actúa como un *prius* lógico de inclusión de las cláusulas en el contrato. Y esta solución nos parece correcta. Por tanto, las cláusulas que incumplen la exigencia de la perceptibilidad han de reputarse nulas sin necesidad de analizar si superan o no el control de transparencia material.

4.- LA LETRA PEQUEÑA DE LA PUBLICIDAD BANCARIA Y EL PRINCIPIO DE LA INTEGRACIÓN PUBLICITARIA DEL CONTRATO.

Finalmente, en lo que respecta al principio de la integración publicitaria del contrato y la letra pequeña de la publicidad bancaria y financiera, es sabido que, en virtud de dicho principio, el contenido de la publicidad integra o forma parte del contrato. Ahora bien,

cuando hablamos de contenido de la publicidad a estos efectos, hemos de preguntarnos si nos referimos a la totalidad de los contenidos de los mensajes publicitarios o si, por el contrario, hemos de excluir aquellas partes de dichos contenidos que, al estar redactados en letra muy pequeña, son prácticamente imperceptibles por sus destinatarios. En especial, cuando la letra pequeña se utiliza con la finalidad de limitar o condicionar los contenidos de los mensajes principales que aparecen destacados en la publicidad mediante caracteres tipográficos de mayor tamaño. Tras analizar el significado, alcance y fundamento de este principio formulado por el art. 61 TRLGDCU, llegamos a las siguientes conclusiones:

A) Cuando la entidad bancaria o financiera utiliza en la publicidad una letra diminuta (inferior al tamaño exigido por la ley) para establecer restricciones o limitaciones al mensaje destacado en la publicidad, el consumidor (en aplicación del art. 61 TRLGDCU) o el cliente no consumidor (en aplicación del art. 1258 C.c.) que se adhieren a un contrato celebrado a través de condiciones generales o clausulados predispuestos, están facultados para exigir que sólo forme parte del contrato el contenido de la publicidad que aparece en caracteres destacados y sobre el cual centró su atención el destinatario cuando observó el anuncio publicitario. Esta solución nos parece la razonable porque el contenido en letra pequeña de la publicidad no fue debidamente percibido por el cliente, por lo que sus expectativas a la hora de celebrar el contrato se reducían solo a lo que aparecía publicitado en caracteres tipográficos destacados.

B) Ahora bien, si el contrato es resultado de una negociación entre las partes, la letra pequeña de la publicidad podrá formar parte del contenido contractual, aun cuando limite o restrinja lo estipulado en el mensaje principal, pues en estos casos el cliente conoce el contenido de cada una de las cláusulas negociales que integran el contrato y, por tanto, es consciente de las limitaciones que sobre el mensaje que aparecía en caracteres destacados introdujo la letra pequeña de la publicidad. Ahora bien, en estos supuestos habrá de ser la entidad bancaria o financiera la que pruebe que existió una verdadera negociación.

LAS FUSIONES BANCARIAS Y EL CONCEPTO DE “IMAGEN FIEL” EN EL DELITO SOCIETARIO DE FALSEDAD DE CUENTAS ANUALES: ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Eliseu Frígols i Brines

Prof. Ayudante Dr.

Derecho penal UVEGs

Despacho 4P010 Departament de Dret penal

Aulari Departamental Facultat de Dret València 46022

+34610885745

Eliseu.Frigols@uv.es

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL DELITO SOCIETARIO DE FALSEDAD EN LAS CUENTAS ANUALES: ARTÍCULO 290 DEL CÓDIGO PENAL. SU DELIMITACIÓN CON OTROS TIPOS TIPOS DE DELITO
3. EL CONCEPTO DE “IMAGEN FIEL” COMO ELEMENTO BÁSICO DE LA FALSEDAD RELATIVA A LAS CUENTAS ANUALES. RAZONES QUE DETERMINAN SU APLICACIÓN.
4. LOS PROBLEMAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA “IMAGEN FIEL” EN EL MARCO DE LAS FUSIONES BANCARIAS. REFLEXIONES A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DICTADAS

RESUMEN

1. INTRODUCCIÓN.

La presente comunicación tiene como objeto el planteamiento de algunas reflexiones básicas sobre las dificultades que, en el marco de las fusiones bancarias acaecidas como consecuencia de la crisis económica de 2008, supone determinar si las cuentas anuales expresan la “imagen fiel” de la situación económica de tales entidades, y como ello puede influir para la aplicación del delito societario de falsedad de cuentas anuales del art. 290 Cp, valorando las sentencias dictadas sobre la cuestión en los últimos años.

2. EL DELITO SOCIETARIO DE FALSEDAD EN LAS CUENTAS ANUALES: ART. 290 CP. SU DELIMITACIÓN CON OTROS TIPOS DE DELITO.

A la vista del contenido típico del art. 290 Cp, nos hallamos, en su primer apartado, ante un delito de resultado de peligro para el patrimonio (de la sociedad, de los socios o de terceros y, de esa forma, pudiendo afectar a la seguridad del tráfico en general), por cuanto al exigirse la idoneidad para causar el perjuicio patrimonial no toda actuación falsaria puede considerarse relevante. En el segundo apartado nos hallaríamos, por el contrario, ante un delito de resultado de lesión patrimonial como consecuencia de la anterior falsedad. Desde esta perspectiva, y como ya ha indicado la doctrina, nos hallaríamos ante un delito de naturaleza fraudulenta, en el que el medio típico exclusivo para llevar a cabo el perjuicio patrimonial es la actividad falsaria desplegada por los sujetos activos del delito. Esto da lugar, como apuntaremos brevemente, a graves problemas a la hora de delimitar las figuras típicas aplicables, y a la hora de delimitar si estamos ante concursos de leyes o concursos de delitos.

Pese a que no existe una indicación expresa al respecto en la descripción típica, de la exigencia de que la falsedad se refiera al reflejo de la situación jurídica o económica de la sociedad cabe deducir que nos hallamos ante un supuesto de falsedad de carácter ideológico, es decir, faltar a la verdad en la narración de los hechos o, dicho de otra forma, a la ausencia de correspondencia entre lo manifestado y la realidad.

Por otro lado, desde la perspectiva del dolo, éste deberá abarcar necesariamente el resultado de peligro para el patrimonio, y de conformidad con la jurisprudencia del TS este dolo de perjuicio deberá hallarse probado y ser de carácter directo, excluyendo el dolo eventual (v.gr. STS n.º 696/2012, de 26 de septiembre).

A partir de ahí podemos concluir que el delito del primer apartado del art. 290 Cp es un delito especial respecto al delito de falsedad en documento mercantil del art. 392 Cp, no sólo por su ámbito de aplicación y por el objeto sobre el que versa la falsedad, sino también por su naturaleza típica, un delito de resultado de peligro para el patrimonio, y por la modalidad de conducta falsaria, que debe ser de carácter ideológico. Más complejas son las relaciones con el art. 282 bis Cp, porque recae total o parcialmente sobre el mismo objeto, porque se trata también de falsedades ideológicas y porque, a pesar de que el primer apartado del art. 282 bis Cp no exige la idoneidad para causar perjuicio patrimonial, en muchos casos este resultado de peligro se puede producir. Y de la misma forma se producen graves problemas concursales entre el segundo apartado del art. 290 Cp y los arts. 248.1 y 250 Cp, el apartado segundo del art. 282 bis Cp y la agravación incluida en su inciso segundo, e incluso respecto del art. 284.1.2º Cp, cuya solución no resulta sencilla.

3. EL CONCEPTO DE “IMAGEN FIEL” COMO ELEMENTO BÁSICO DE LA FALSEDAD RELATIVA A LAS CUENTAS ANUALES. RAZONES QUE DETERMINAN SU APLICACIÓN.

Tal y como hemos visto con anterioridad, la naturaleza de delito de resultado de peligro para el patrimonio lleva a que no toda falsedad cometida en relación con las cuentas anuales sea relevante penalmente, sino que, para que se incurra en el delito, dicha falsedad debe ser idónea para causar un perjuicio económico.

Es ahí dónde, a mi juicio, debe entrar en juego el concepto de “imagen fiel” (art. 34 CCom, art. 254 TRLSC), porque, en la mayor parte de las ocasiones será la

correspondencia de las cuentas anuales con esa imagen fiel el elemento sustancial para establecer la idoneidad para causar perjuicio en las cuentas anuales. Ello supone que puedan existir elementos en las cuentas anuales que no se ajusten a la realidad sin que con ello se afecte a la imagen fiel, y en la medida en que ésta no se vea afectada, salvo en supuestos excepcionales, esas cuentas anuales no serán idóneas para causar un perjuicio económico.

A estos efectos, se debe tener en cuenta que las cuentas anuales no son el reflejo automático de la contabilidad, sino que, por el contrario, son el resultado de una forma de presentación de la información y de unas decisiones adoptadas sobre cómo aplicar los resultados en un determinado ejercicio, lo que implica el establecimiento de un margen valorativo en su formulación. Junto con ello, se debe poner de relieve que las necesidades del mercado han llevado a que, junto con el criterio de prudencia valorativa, se introduzcan otros criterios de valoración contable, como el de valor razonable (art. 38 bis CCom), que dejan un todavía mayor margen valorativo a la hora de establecer ese concepto de “imagen fiel”.

Este planteamiento que asigna una importancia fundamental al concepto de imagen fiel en las cuentas anuales se sustenta en el convencimiento de que éstas tienen como función, no sólo la de proteger a los propietarios del capital y a los acreedores de la mercantil, sino también a aquellos terceros que puedan interactuar en el futuro con la sociedad, como inversores en la misma o incluso como consumidores. Este planteamiento como instrumento de información a terceros es patente en el caso de las sociedades cotizadas y, en todavía mayor medida, en las entidades bancarias.

4. LOS PROBLEMAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA “IMAGEN FIEL” EN EL MARCO DE LAS FUSIONES BANCARIAS. REFLEXIONES A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.

Estos problemas para el establecimiento sobre qué debe entenderse como “imagen fiel” de la contabilidad de las entidades bancarias han sido especialmente patentes si atendemos a las sentencias dictadas sobre el delito del art. 290 Cp en relación con dichas entidades, entre las que cabe destacar las dictadas en relación con la Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha (SJPC n.º 1 n.º 5/2016, de 22 febrero, confirmada por la SAN, S. III, n.º 18/2016, de 13 de mayo), con la Caja de Ahorros del Mediterráneo, (STS n.º 369/2019, de 22 de julio, que revoca la SAN S. IV n.º 28/2017, de 17 de octubre) y en relación con Bankia (SAN, S. IV n.º 13/2020, de 19 de septiembre).

En todas ellas resulta manifiesto que, a la hora de establecer el concepto de “imagen fiel” de las cuentas anuales de las entidades bancarias, la intervención del regulador resulta crucial, no sólo desde la perspectiva de los requerimientos que éste pueda formular para que se contabilicen determinados elementos de la forma en que se impone en el requerimiento, sino también respecto de la propia formulación de las cuentas, condicionando en buena medida el contenido concreto de las cuentas anuales, como es de ver en los fundamentos jurídicos de la SAN S. IV 28/2017, relativa a la CAM, o en los fundamentos jurídicos en la SAN S. IV n.º 13/2020, relativa a Bankia.

Pero, además, esas dificultades adquieren una relevancia todavía mayor por cuanto, al menos en los dos últimos casos, al tratarse de una situación de fusión entre diferentes

entidades bancarias, y tratarse ambas de entidades cotizadas, se da lugar a la aplicación de normativa europea de obligado cumplimiento (Reglamento CE/1606/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad, en relación con la NIIF 3) desplazando en esos aspectos a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades Financieras de 1988, a la delegación normativa que ésta realiza desde el Ministerio de Economía al BdE y, finalmente, también a la Circular 4/2004, del BdE. Lo que, a mi juicio, no ha sido considerado adecuadamente considerado en estos supuestos, a pesar de su crucial importancia.

En consecuencia, si la intervención del regulador en la definición de la cuentas anuales es tan relevante como parece desprenderse de estas sentencias, no resulta lógico que se considere a éste como a un tercero ajeno a la formulación de las cuentas y, por tanto, no cabe descartar la relevancia penal de la conducta de aquellos de sus integrantes que hayan participado en los hechos. Y, en cualquier caso, permite cuestionar la imparcialidad objetiva de los miembros integrantes del regulador para actuar como peritos, o como testigos-peritos, en esa clase de procedimientos. Por último, esto nos permite concluir que cabrá formular las cuentas anuales de diferentes formas, siempre que las mismas se atengan a la exigencia de plasmar la imagen fiel de la sociedad, no siendo el criterio del regulador el único relevante para establecer dicha imagen fiel, y mucho menos en el marco del procedimiento penal.

ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DEL SECTOR BANCARIO EN COLOMBIA

Ivan Humberto Galvis Macias

Doctorando en Economía

A Av. Univ. No. 58 B – 291, Torre 3 Apto. 911.

Conjunto Ciudad Hayuelos. Tunja – Boyacá, Colombia, 150003

+57 3134939125

ivan.galvis@usantoto.edu.co

<https://bit.ly/3jlyHzM>

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. PRINCIPALES AUTORIDADES COMPETENTES PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA. 1. Banco de la República. 2. La Superintendencia Financiera de Colombia.

III. MARCO NORMATIVO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO EN COLOMBIA.

IV. ACTIVIDADES DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.

RESUMEN

El sector bancario representa una importancia trascendental para cualquier economía. Su labor de intermediación para la garantía de un flujo adecuado del capital entre ahorradores e inversionistas garantiza disponibilidad de recursos y liquidez. En suma, por su importancia categórica requiere de un marco institucional sólido y estable que permita el adecuado funcionamiento de la labor de intermediación financiera para garantizar así seguridad jurídica a los usuarios de las distintas operaciones que se encuentran a cargo de las entidades que lo integran.

Constantes han sido los esfuerzos que las autoridades colombianas han desarrollado para consolidar un sistema financiero estable que, además, ha sido considerado históricamente como un verdadero reto, pero, a pesar de todos ellos, se debe reconocer que la solidez institucional se pudo lograr con la expedición de la Constitución Política de 1991, cuyas disposiciones instituyeron como principales autoridades del sector financiero y bancario al Banco de la República y a la hoy Superintendencia Financiera de Colombia como delegataria de las funciones de inspección, vigilancia y control atribuídas al presidente de la República por el texto constitucional.

La Constitución Política de 1991 dio un gran paso hacia la estabilidad y solidez del sistema financiero y bancario colombiano al establecer la independencia y autonomía de la Junta Directiva del Banco de la República e instituir la como suprema autoridad monetaria, crediticia y cambiaria de la Nación , quien, en coordinación con el ejecutivo nacional, debe coadyuvar en la promoción de la estabilidad del sistema macroeconómico.

Es así como el Banco Central cumple funciones primordiales para el adecuado funcionamiento del sistema financiero y, con ello, para la estabilidad del sistema económico, entre las que se destacan: la regulación de la moneda, de los cambios internacionales y del crédito; la emisión primaria; la administración de las reservas internacionales; y la de actuar como prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito , todo lo anterior, con la finalidad fundamental de mantener la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda .

Entre las anteriores funciones cobra vital relevancia para garantizar solidez al sistema financiero y bancario la función de banco de bancos y de prestamista de última instancia. A través de ella, junto con el ejercicio de la autoridad monetaria, crediticia y de cambio, el Banco de la República es el responsable de garantizar la liquidez del sistema, finalidad que logra consolidar, entre otras acciones, a través de la custodia de los depósitos de encaje, el servicio de cámara de compensación, redescuento, la adopción de medidas monetarias, crediticias y cambiarias —entre las que cobra vital relevancia la fijación de las tasa de interés— así como la regulación del crédito interbancario .

Luego de la integración de la Superintendencia Bancaria con la Superintendencia de Valores, en lo que hoy conocemos como la Superintendencia Financiera de Colombia , a esta institución se le atribuyó la función constitucional delegada de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las distintas entidades que desarrollan actividad financiera, aseguradora y bursátil, así como cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público .

Esta entidad se constituye en una de las principales autoridades del sector bancario colombiano, por cuanto a su cargo se encuentra la función de supervisar a cada uno de los agentes del mercado con el fin de garantizar la estabilidad, seguridad y confianza en el sector . Para ello, el ordenamiento jurídico le atribuye, entre otras funciones, autorizar la constitución, funcionamiento, conversión, transformación, escisión de las entidades vigiladas, sean nacionales o extranjeras, así como objetar su fusión; aprobar inversiones de capital, planes de capitalización, así como autorizar programas publicitarios; dictar normas generales sobre contabilidad de las entidades vigiladas , entre otras tantas dispuestas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) y demás normas que regulan la materia.

La aludida actividad de intermediación financiera se encuentra principalmente atribuida en Colombia a los establecimientos de crédito. Según su naturaleza, estos cumplen la función fundamental de recibir el dinero de los ahorradores a través de depósitos y colocar estos recursos en el mercado a través de operaciones de crédito. De allí deviene su estratégica importancia para el sistema económico y la necesidad de dotarlo de una regulación sólida que permita su correcto funcionamiento y adecuada administración del riesgo, pues, como se observa, su función principal es administrar los recursos del público y promover su circulación.

Desde esta perspectiva, es el EOSF el principal instrumento de regulación de los establecimientos de crédito del país. En él se establece la conformación del sistema financiero colombiano, a través de la disposición de una tipología de intermediarios entre los que se encuentran: a) los establecimientos de crédito (sobre los cuales versa este trabajo), b) las sociedades de servicios financieros, c) las sociedades de capitalización, d) las entidades aseguradoras, y e) los intermediarios de seguros y reaseguros.

Frente a los primeros, la misma norma establece su clasificación en: 1) establecimientos bancarios, 2) corporaciones financieras, 3) corporaciones de ahorro y vivienda, 4) compañías de financiamiento comercial, y 5) cooperativas financieras.

Por su parte, los establecimientos bancarios, definidos como aquellos cuya función principal corresponde a la captación de recursos en cuenta corriente bancaria o en depósitos a la vista o a término para realizar operaciones activas de crédito, se subclasifican en bancos comerciales, a quienes se les otorga la función de recibir depósitos generales para usarlos en préstamos y comprar o descontar pagarés, giros y letras de cambio; y en bancos hipotecarios a quienes, por su parte se les habilita la función de prestar dinero garantizado con propiedad raíz, para cubrirse en pagos periódicos.

El mismo EOSF colombiano dispone las operaciones autorizadas a los establecimientos de crédito, entre las que se destacan las siguientes: a) descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda; b) recibir depósitos en cuenta corriente, a término y de ahorros; c) comprar y vender letras de cambio y monedas; d) otorgar crédito; e) recibir bienes muebles en depósito para su custodia; y f) otorgar avales y garantías; g) realizar operaciones de leasing habitacional.

La misma norma dispuso las operaciones que no se encuentran autorizadas para este tipo de entidades, entre las que se destacan: a) tomar o poseer más del 10% del total de las acciones de otro establecimiento bancario; b) adquirir ni poseer sus propias acciones, salvo las excepciones legales; c) emitir obligaciones que puedan o deban circular como moneda; d) otorgar hipoteca o prenda que afecte la libre disposición de sus activos, entre otras.

LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DEL MERCADO BASADAS EN LA TECNOLOGÍA DE REGISTRO DESCENTRALIZADO: ACIERTOS Y LAGUNAS

José Zapata Sevilla

Personal Investigador en formación. FPU.
c/Antonio Soler, 5, 5-4
Málaga, Málaga, 29002
649987982
jzapata@uma.es

ÍNDICE

- **INTRODUCCIÓN**
- **EL RÉGIMEN PILOTO DE LAS INFRAESTRUCTURAS DEL MERCADO BASADAS EN LA TECNOLOGÍA DE REGISTRO DESCENTRALIZADO.** 1. Contexto y características de la propuesta de reglamento sobre un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado. 2. Acotación de la propuesta de reglamento sobre un régimen de infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado
- **OMISIONES EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE UN RÉGIMEN PILOTO PARA LAS INFRAESTRUCTURAS DESCENTRALIZADAS.** 1. Las infraestructuras de los mercados de criptoactivos “centralizadas”. 2. Las plataformas descentralizadas de intercambio de criptoactivos
- **CONCLUSIONES**
- **BIBLIOGRAFÍA.** 1. Monografías. 2 Capítulos de obras colectivas. 3. Artículos. 4. Informes y otros recursos digitales. 5 Legislación, propuestas legislativas y otros recursos de soft law

RESUMEN

La criptomoneda Bitcoin reveló el potencial de las aplicaciones de la tecnología de registro distribuido (Distributed Ledger Technology, DLT en adelante). La red de Bitcoin permite constituir una divisa sobre una arquitectura descentralizada, donde la confianza no reside en un intermediario concreto sino en el protocolo informático que comparten los nodos del sistema.

Posteriormente, otros proyectos revelaron la posibilidad de utilizar esta tecnología en otros ámbitos. En particular, la DLT puede aplicarse para mejorar la infraestructura de los mercados financieros, debido a que la descentralización permite reducir los costes de transacción de los participantes en el mercado. Esta simplificación resulta posible porque la criptografía reemplaza a los intermediarios que participan en los procesos de la fase de post contratación al tiempo que disminuye la duración del procesamiento de las transacciones financieras en condiciones de seguridad.

La Comisión Europea, conocedora de los beneficios de la DLT en este ámbito, ha elaborado una propuesta de reglamento UE en la que se establece un régimen piloto para las infraestructuras del mercado basadas en la DLT. Se trata de una regulación que tiene como finalidad proporcionar seguridad jurídica y flexibilidad a los operadores que recurren a esta innovación tecnológica.

Esta propuesta de regulación se enmarca en un contexto regulatorio caracterizado por la búsqueda de la conciliación entre la regulación vigente del sistema financiero y las necesidades de la innovación tecnológica. Así, la aparición de las empresas FinTech ha propiciado el desarrollo de nuevas técnicas regulatorias, como el espacio de pruebas o regulatory sandbox.

Esta regulación experimental, no obstante, limita las infraestructuras basadas en la DLT que puede acogerse a este régimen jurídico. Por un lado, porque condiciona la arquitectura de las infraestructuras basada en la DLT que comprende el ámbito de aplicación de la normativa. De otro, porque exige que estos servicios descentralizados se encuentren a cargo de entidades reguladas, en particular de Sistemas Multilaterales de Negociación (SMN) y Depositarios Centrales de Valores (DCV). Estas exigencias conllevan la exclusión de las infraestructuras que no se ajusten a estos requisitos regulatorios. Por tanto, la propuesta normativa omite la regulación de las infraestructuras de los mercados financieros que funcionan sobre un esquema plenamente descentralizado, esto es, sin ningún tipo de entidad regulada que supervise el funcionamiento del servicio.

Por otro lado, existe la necesidad de regular estas plataformas. No obstante, la normación de estas infraestructuras requiere un nuevo enfoque regulatorio dada la dificultad de regular los entornos descentralizados. Se trata de un nuevo paradigma que permitirá a las autoridades condicionar la arquitectura de estos sistemas mediante el desarrollo de una estrategia cooperativa.

LA APLICACIÓN DEL INTERÉS DE DEMORA DEL ART. 20 LEY DEL CONTRATO DE SEGURO EN EL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

Martín González-Orús Charro

Profesor Asociado de Derecho Mercantil (Universidad de Salamanca)

Despacho 146 Facultad de Derecho

P.º Francisco Tomás y Valiente,

s/n, 37007 Salamanca

923204400

martingorus@usal.es

www.usal.es

ÍNDICE

I. SEGURO ASISTENCIA SANITARIA. II. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA. III. SOBRE EL ART. 20 LCS Y SU APLICACIÓN AL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA. IV. REPERCUSIONES PECUNIARIAS DE LAS CONDENAS DE LAS ASEGURADORAS DE ASISTENCIA SANITARIA SOBRE EL MERCADO FINANCIERO.

RESUMEN

I. SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

El seguro de asistencia sanitaria se encuadra dentro de los denominados “seguros de personas” y, dentro de esta categoría, los encuadra en los “seguros de enfermedad”, contemplados en los arts. 105-106 LCS. En este seguro, la prestación del asegurador es puramente asistencial, de modo que se obliga frente al asegurado a prestar directamente los servicios médico-quirúrgicos a través de un cuadro médico integrado por facultativos que abarcan, generalmente, todas las especialidades. La entidad aseguradora asume una prestación de hacer, posibilidad que permite el art. 1 LCS cuando menciona que el contenido de la obligación del asegurador puede consistir en satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. En ocasiones, el asegurador dispone de sus propios centros hospitalarios que integran facultativos vinculados a ella por contratos laborales. Otras veces establece una red de profesionales de la medicina ligados a ella por contratos de prestación de servicios (mercantil), abonando al profesional el coste de la asistencia que proporciona a cada paciente.

II. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR DE ASISTENCIA SANITARIA

Como el asegurador de asistencia sanitaria es quien ofrece directamente a los profesionales que prestan el servicio médico, asume sobre ellos una cierta posición de

garante. El asegurador contrae la obligación de prestar a sus afiliados los servicios médicos, deber que se materializa en un doble sentido. Por un lado, gestionando una organización y provisión de servicios idóneos y de calidad, a través de infraestructuras y medios suficientes. Pero, además, prestando materialmente la asistencia médica a través de los profesionales de su cuadro médico, garantizando una atención correcta y de calidad al enfermo. En consecuencia, el asegurador responde por la mala praxis de sus auxiliares en la ejecución del servicio y, también, por el incorrecto funcionamiento de los centros y equipos médicos. Ahora bien, satisfecha la responsabilidad frente al perjudicado, el artículo 1145 CC permite a la aseguradora ejercitar la acción de reembolso o regreso contra el facultativo causante del perjuicio por incumplimiento de su *lex artis*.

III. SOBRE EL ART. 20 LCS Y SU APLICACIÓN AL SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

Constatada la condena del asegurador sobre la responsabilidad por la mala praxis del médico, procede dilucidar si resulta aplicable el interés de demora contemplado en el art. 20 LCS ante un retraso en el pago de la indemnización. Cabe recordar que el citado precepto establece un recargo pecuniario con una finalidad sancionadora a la vez que preventiva, pues pretende incentivar al asegurador para cumplir en tiempo las obligaciones que asume en virtud del seguro. Resulta interesante la cuestión por el importante debate que ha generado y han emanado posiciones controvertidas. Con independencia de que el resarcimiento del asegurador tenga su fundamento en una responsabilidad extracontractual por hecho ajeno (actos provocados por sus dependientes, contemplada expresamente en el art. 1903 CC) o contractual (por daños ocasionados por sus auxiliares: art. 1101 CC), éste no constituye una obligación derivada en sentido directo del contrato de seguro y de la ley que lo regula, sino de la normativa civil.

El Tribunal Supremo es proclive a imponer el recargo por demora del art. 20 LCS al pago de la citada indemnización por las siguientes razones: 1) el seguro de asistencia sanitaria está expresamente contemplado en la LCS (arts. 10 y 105) y su regulación no contiene previsión específica en materia de intereses; 2) que el interés de demora contemplado en la normativa de seguros es aplicable a todas las prestaciones del asegurador pues el art. 20 LCS no piensa únicamente en el incumplimiento de la obligación característica e inmediata del asegurador, sino que alcanza a todas aquéllas convenidas y vinculadas al contrato de seguro de asistencia sanitaria.

En cambio, otro sector se ha mostrado contrario a la aplicación de los intereses del art. 20 LCS a la mora en el pago de dicha indemnización. El fundamento reside en la distinción existente en la contravención de dos prestaciones que concurren en la práctica aseguradora sanitaria: por un lado, el incumplimiento de la obligación del asegurador por ofrecer servicios profesionales sin titulación o en centros sanitarios privados que carecen de las garantías o servicios suficientes, obligación directamente exigible por la LCS al quedar ofrecida en el propio contrato de seguro. Y, por otro, distingue la responsabilidad del asegurador por hecho ajeno de los daños ocasionados por los profesionales al emplear mala praxis en su labor encomendada, obligación que deriva, no de la LCS, sino del Código civil (bien art. 1903 o 1101, según el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad). Al quedar esta fuera del contrato de seguro, se

considera que el régimen de los intereses de demora en el retraso de su cumplimiento deben establecerse en virtud del art. 1108 CC.

IV. REPERCUSIONES PECUNIARIAS DE LAS CONDENAS DE LAS ASEGURADORAS DE ASISTENCIA SANITARIA SOBRE EL MERCADO FINANCIERO

En último lugar, considero interesante hacer una breve referencia a las consecuencias económicas que ocasionará las condenas de las aseguradoras al pago de estas concretas indemnizaciones (junto con los oportunos intereses devengados en supuestos de demora en el pago de aquéllas) y su repercusión en el mercado financiero.

En primer lugar, el quantum indemnizatorio que se atribuye a la aseguradora de asistencia sanitaria es el que excede de aquél que cubre la aseguradora de la responsabilidad civil del facultativo infractor de la lex artis. Generalmente, se traduce en una atribución elevada del resarcimiento sobre aquéllas, lo que provocará un progresivo incremento de las primas para estos seguros, considerando que las aseguradoras no provisionan partidas dinerarias para cubrir esta responsabilidad por hecho ajeno .

Otras de las medidas que adoptarán las compañías ante el advenimiento de una oportuna responsabilidad por la mala praxis de los profesionales integrados en sus cuadros médicos es una reducción de los servicios clínicos (sobre todo de aquellos que impliquen un mayor riesgo para el paciente, como por ejemplo, ciertos tipos de operaciones quirúrgicas), así como de la calidad sobre los mismos, pues la inversión, en su caso, de gestión en la infraestructura, será menor.

LA TORMENTA DEL IRPH Y EL NAUFRAGIO DE LOS CONSUMIDORES A LA ESPERA DE LA CALMA

M^a José Alamar Casares

Abogada - Dra en Derecho

Socia Aliter Abogados

Calle Colón, 82-4

46004-Valencia

654.238.254 / 96.373.55.55

mariajosealamar@aliterabogados.com

www.aliterabogados.com

ÍNDICE

- EL ERRÁTICO CAMINO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO A LA ESPERA DE LAS RESOLUCIONES DEL TJUE.
- LA INFORMACIÓN OFRECIDA A LOS CONSUMIDORES DURANTE EL PROCESO DE CONTRATACIÓN Y LA INDECENCIA EN LA DECLARACIÓN DE TRANSPARENCIA Y/O ABUSIVIDAD.
- LA INCIDENCIA DEL IRPH EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL, POSIBLES RESPONSABILIDADES.
- LA INSEGURIDAD JURÍDICA DERIVADA DE RESOLUCIONES ANTAGÓNICAS DICTADAS POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA Y OTRAS.
- LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDADES DE LOS CONSUMIDORES, Y LA VULNERACIÓN DEL “PRINCIPIO PRO CONSUMATORE”.
- LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL ART. 6 Y 8 DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES.

RESUMEN

En primer lugar señalar, que mientras que la jurisprudencia menor y las Audiencias Provinciales dictan una resolución tras otra anulando el IRPH y dando la opción a los consumidores, en algunos casos, de continuar el préstamo hipotecario referenciado a Euribor, o anular el préstamo hipotecario, por considerar que el mismo no puede sobrevivir sin el índice de referencia, el Tribunal Supremo, después de un comienzo

errático, ha paralizado los procedimientos referenciados a este índice tras la última cuestión prejudicial que se ha planteado al TJUE.

Además de decidir, si el índice es o no abusivo y si es o no transparente, y las consecuencias de este hecho en los contratos de préstamos hipotecarios firmados con consumidores, hay que cuestionarse qué tipo de información ofrecieron las entidades bancarias antes durante y después de la contratación, cuestión complicada, si partimos de la base, de que ni los propios empleados de la entidad conocían o tenían acceso a la misma (al estilo de lo ocurrido en la comercialización de las participaciones preferentes, obligaciones subordinados, bonos, etc.)

Esto cobra, en segundo lugar, especial relevancia cuando nos encontramos que el IRPH es el índice utilizado para las Viviendas de Protección Oficial. Es decir, un tipo de viviendas que como su nombre indica están “diseñadas” para público con bajos recursos económicos. Que en ellas se imponga referenciar los préstamos hipotecarios a un índice que manifiestamente encarece las hipotecas, es un contra sentido.

Únicamente con este dato, sin entrar si quiera a conceptos de transparencia o abusividad, se debería haber optado desde hace años por eliminarlo. Sin embargo, lejos de este punto, el Tribunal Supremo respalda su uso en las viviendas de protección oficial porque se publica en el BOE y considera que de esta forma es transparente. Como si las familias humildes tomaran café con BOE todos los días.

Evidentemente habrá que estudiar con el desarrollo previsible y el cariz que está tomando este tema, además del daño que ha hecho a multitud de familias que hubieran podido pagar su hipoteca si hubiera estado referenciada al Euribor y que siendo al IRPH se han quedado en la calle y las posibles responsabilidades y acciones judiciales varias.

Ni la respuesta, ni en su caso las acciones judiciales, son las mismas dependiendo de si nos encontramos o no, en el ámbito de la vivienda de protección oficial.

Por último, y en tercer lugar, por si la situación anterior no fuese suficientemente grotesca, debemos añadir la disparidad de criterios de las diferentes Audiencias Provinciales con respecto a los mismos procedimientos.

Es un hecho constatado (o debería serlo) que la existencia de IRPH , está directamente relacionada con la cuantía reclamada en la ejecución hipotecaria, puesto que de declararse la nulidad de tal índice se obliga, como mínimo, a que la entidad efectúe un recálculo del préstamo hipotecario y de las cuantías debidas y ello puede ser fundamental a la vista de que en estos momentos en los que la Ley 5/2019 de Contratos de Crédito Inmobiliario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, han “limpiado” las cláusulas de vencimiento anticipado que contenían los préstamos hipotecarios, y han ligado la validez de las mismas a 12 cuotas impagadas (equivalentes al 3% del capital en la primera mitad del préstamo o del 5% en la segunda mitad o al 7% de porcentaje de principal debido), el indicado recálculo puede dar al traste con la ejecución hipotecaria, creando de nuevo una causa de oposición contundente u convertirse en motivo de archivo de la ejecución hipotecaria.

Pero en este momento nos encontramos, por desgracia, supuestos en la propia Audiencia Provincial de Valencia que ocasionan distorsión, dicho sea, con extrema cautela.

Veamos cuales son las dos posiciones que se adoptan frente al mismo tipo de casuística: Ejecución hipotecaria sobre una vivienda con préstamo hipotecario que contiene, entre otras cosas, IRPH y una cláusula de subasta que puede considerarse abusiva.

En una de las salas se llega a la conclusión, dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria, que la cláusula de IRPH afecta al importe de la hipoteca y falla a favor del consumidor obligando a la entidad bancaria a volver a primera instancia y recalcular la hipoteca referenciando, esta vez, a Euribor, con las posibles consecuencias señaladas up supra.

En la otra sala, se entiende, dentro de un mismo procedimiento de ejecución hipotecaria, que el hecho de que el préstamo hipotecario esté referenciado a IRPH no afecta a la cuantía de la hipoteca y que, por tanto, su posible abusividad deberá verse en un procedimiento ordinario instado paralelamente (con el perjuicio económico que eso puede producir en el consumidor).

En ese mismo procedimiento ordinario deberá estudiarse también si la cláusula de subasta que vertebra la ejecución hipotecaria, que está a punto de echar a los consumidores de su casa, es abusiva o no. Sin adoptar medidas cautelares, el procedimiento de ejecución hipotecaria con IRPH y cláusula de subasta nula, sigue su curso eruptivamente, para finalizar con el desahucio de los consumidores, que estimándose el procedimiento ordinario únicamente tendrían derecho a una indemnización, no a su casa.

Si bien es cierto que Europa empieza a dar sus primeras respuestas en este sentido, concretamente, en Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de septiembre de 2021, en la que condena a España a indemnizar a una mercantil por una disparidad de criterios del Tribunal Supremo ante cinco casos idénticos al considerar que «no encuentra motivo para justificar las distintas conclusiones». No cabe duda de que el principio de seguridad jurídico y la confianza en el Poder Judicial está resquebrajado.

Con la panorámica anterior, y buscando nuevas vías y soluciones nos decantamos por adelantar que además de la vulneración de la normativa comunitaria y las resoluciones del propio TJUE, también son de aplicación los art. 6 y 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y que más bien pronto que tarde, el tribunal de Estrasburgo dictara sentencia en sentido de la vulneración de los artículos citados en relación a los procedimientos afectos a la cláusula IRPH.

Mientras tanto, a la espera de pronunciamientos firmes, nos encontramos a remolque noticias, sentencias e informes, y mientras tanto en la tormenta, naufragan muchos consumidores que difícilmente podrán ver resarcidos sus derechos y para los que las sentencias del TJUE, las del Tribunal Supremo, las sanciones a las entidades bancarias etc., llegarán tarde, mal y nunca.

EL CONTRATO DE ASESORAMIENTO FINANCIERO. REFLEXIÓN SOBRE LA TENDENCIA CRECIENTE DEL ROBOADVISOR

María Jesús Blanco Sánchez

Investigadora postdoctoral

Universidad Pablo de Olavide

Sevilla

677 23 31 37

mjblasan@acu.upo.es

LinkedIn: [linkedin.com/in/mjesusblancosanchez](https://www.linkedin.com/in/mjesusblancosanchez)

ÍNDICE

1. EL CONTRATO DE ASESORAMIENTO FINANCIERO EN EL MARCO DE NEGOCIACIÓN DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS

1. Evolución de la institución
2. Concepto y caracteres
3. Naturaleza jurídica
4. Elementos subjetivos
5. Elementos objetivos
6. Clases de asesoramiento
7. Obligaciones de las partes, en general
8. Forma

2. DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE ASESORAMIENTO OPERANTE EN LOS SISTEMAS DE NEGOCIACIÓN DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS

1. Evaluación de idoneidad
 - A) Evaluación de idoneidad: deber de información inverso
 - B) Contenido y alcance de la información
 - C) Fiabilidad de la información
 - D) Resultado negativo de idoneidad
 - E) Deber de información documentado

2. Deber de información sobre costes y gastos
3. La principal novedad de MiFID II: particularidades del asesoramiento independiente
4. Valoración crítica por los operadores del tráfico

3. ASESORES FINANCIEROS DIGITALES

1. Introducción. Contextualización en el entorno FinTech
2. Funcionalidad y clasificación
3. Ventajas y riesgos
4. Regulación vigente aplicable al fenómeno
5. Reflexiones: el estado de la cuestión y retos para un futuro cercano

RESUMEN

El contrato de asesoramiento forma parte del elenco de contratos de servicios de inversión definidos como el conjunto de actividades accesorias de las operaciones principales propias de los distintos mercados de valores. Está sujeto a reserva de actividad en favor de empresas de inversión y entidades de crédito, siendo este aspecto una manifestación más de la intención de salvaguarda de transparencia y protección de los inversores en el sistema.

Estructuramos este trabajo en tres bloques diferenciados, que atienden al contenido del trabajo de investigación ordenados de lo más general a lo más particular. El primero de ellos se dedica a la exposición general del contrato de asesoramiento financiero en el marco de negociación de instrumentos financieros derivados, el segundo al análisis del deber de información precontractual en el contrato de asesoramiento operante en los sistemas de negociación de instrumentos financieros derivados. Se concluye con un último bloque centrado en la figura del asesor financiero digital.

Se justifica la presencia de los contenidos generales como base necesaria para el posterior análisis de la figura particular del asesor financiero digital. Se aborda así, partiendo de las más elementales bases del Derecho contractual materializadas en la contratación en el sistema financiero, un tema novedoso, de interés para la doctrina y los operadores del tráfico. Es nuestra intención que las reflexiones que se aportan sobre el estado de la cuestión e identificación de los asumibles retos para un futuro cercano contribuyan al necesario caminar sincrónico del Derecho y la realidad vigente. Se advierte al lector que encontrará un trabajo de investigación que se elabora desde la perspectiva transversal Derecho y sistema económico entendido desde el prisma supranacional del Derecho comunitario.

Se parte de la exposición general del contrato de asesoramiento financiero en el marco de negociación de instrumentos financieros derivados. Se dedica esta parte inicial a la consideración de la evolución material y normativa de la institución, acercamiento al concepto y caracteres de la misma puestos en relación con los elementos subjetivos y objetivos que los conforman. Se refieren, con carácter general, las clasificaciones de la figura objeto de estudio, resaltando que la normativa MiFID II, partiendo del concepto de asesoramiento introducido por MiFID I (entendido como prestación personalizada al cliente) pone especial énfasis en el adjetivo de independiente como nueva categoría de asesoramiento financiero para los casos en que se cumplan los requisitos del artículo 24. 7 de la Directiva MiFID II . En cuanto a exigencias de forma se refiere, señalamos que no se exige en todo caso la estipulación de un contrato ad hoc en el ámbito de los servicios de inversión. Antes bien, la normativa MiFID incluso excluye el servicio de asesoramiento de la exigencia de forma escrita, que sí se impone para la prestación de los restantes servicios de inversión. La situación apenas se ha revertido en la normativa de desarrollo de MiFID II, que impone el acuerdo escrito únicamente cuando se lleve a cabo una evaluación periódica de la idoneidad de los instrumentos financieros o servicios recomendados.

En cuanto a registro, debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 218 TRLMV e incluirse en el registro creado por la empresa de servicios de inversión.

El segundo capítulo abarca el deber de información precontractual en el contrato de asesoramiento operante en los sistemas de negociación de instrumentos financieros derivados. Téngase en cuenta que la diferencia entre la normativa post-MIFID y pre-MIFID se encuentra no en el deber general de informar acerca de los riesgos asociados a los productos de inversión, sino en los dos deberes de valorar la conveniencia o la idoneidad, actualmente contenidos en los artículos 213 y 214 TRLMV.

Toda recomendación personalizada debe efectuarse en el ámbito de la idoneidad. Esto obliga a la empresa a asegurarse de que dispone, en todo momento, de la información necesaria para dar cumplimiento al deber general de conocer a sus clientes (artículo 212 TRLMV). Al emprender la evaluación de idoneidad, que parte de la obligación de recabar información, la empresa informará al cliente o posible cliente, de forma clara y sencilla, de que el motivo de la misma es permitir a la empresa actuar en el mejor interés del cliente. Se analiza en el trabajo el deber de información inverso de evaluación de la idoneidad. Nos detenemos en su contenido y alcance de la información que debe recabarse, puesto en relación con el contenido de las “Directrices relativas a determinados aspectos de los requisitos de idoneidad de la MiFID II” , publicadas por la AEVM en noviembre de 2018. Se recogen las disposiciones que rigen en el supuesto de resultado negativo de idoneidad y que se resumen en la necesaria abstención por la empresa de servicios de inversión de hacer recomendaciones o decidir negociar si ninguno de los servicios o instrumentos es idóneo para el cliente.

Se discurre acerca del deber de información en materia de costes y gastos asociados, se dedica un epígrafe al asesoramiento financiero independiente ya adelantado y a su valoración crítica por los operadores del tráfico conforme a documentos publicados recientemente.

Sea consciente el lector que la regulación financiera persigue, con carácter general, dos objetivos: la estabilidad financiera y la protección del inversor. Asistimos a una espiral innovadora de las nuevas tecnologías que ha traído al sector financiero nuevos modelos

de negocio. Clara y vigente materialización de ello es el asesoramiento financiero automatizado.

Se analiza la figura contextualiza en el entorno FinTech. Se pone de manifiesto la funcionalidad que pretende y se esbozan posibles clasificaciones que han apuntado distintos autores. Adelantamos, siguiendo al profesor SANZ BAYÓN, puede entenderse que un robo advisor es básicamente un programa informático, es decir, un conjunto de algoritmos que proporcionan servicios de inversión a un cliente. Estos servicios pueden variar desde el exclusivo asesoramiento financiero, hasta la gestión completa de patrimonios, incluyendo la compra, la custodia y la venta de instrumentos entre otras diversas operaciones. En cuanto a sus ventajas y riesgos las señalaremos, sin profundizar en cada una de ellas, siguiendo el contenido del documento intitulado “Discussion paper on automation in financial advice del Joint Committe” (Joint Committee of the European Supervisory Authorities) , publicado en el año 2015. Uno de los puntos principales del capítulo por cuanto aporta novedad es la sistematización que hacemos de la regulación vigente aplicable al fenómeno, destacando el conjunto normativo MiFID II, que completamos trayendo la consideración de la AEVM respecto al asesoramiento financiero automatizado (Directrices relativas a determinados aspectos de los requisitos de idoneidad de la MiFID II, en cuanto a asesoramiento financiero automatizado se refiere).

Habiendo expuesto el concepto, pormenores, funcionalidad y clasificación de los asesores financieros digitales, ventajas y riesgos que engloban y regulación vigente que es de aplicación, tras una reflexión detenida y particular sobre el fenómeno se hace prácticamente nos parece imposible cerrar el epígrafe en sede de conclusiones. Entendemos que resulta más adecuado esbozar los retos que engloba para un futuro cercano, tanto en cuanto al particular del asesoramiento financiero automatizado se refiere como al general de la figura. Abogamos, en sede estricta de política legislativa, por la cautela en la regulación de materias complejas y cambiantes, la reflexión previa y conocimiento detenido del fenómeno y por apartarnos de promulgaciones de normas precipitadas. La continuidad en el camino regulatorio, focalizada en el momento actual y el futuro más inmediato, puede venir de la mano de la aplicación continuada de los principios que han de regir el Derecho las nuevas tecnologías (con especial atención a los principios de equivalencia funcional, neutralidad en el uso de la tecnología e inalteración ,en la medida de lo posible, del Derecho preexistente) , acompañada de líneas de trabajo abiertas y fructíferas que tomen las sendas del denominado soft law.

LA BANCA COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL: IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

Javier Esteban Ríos

Profesor Ayudante Doctor en la Universidad de Zaragoza
Facultad de Derecho. Calle Pedro Cerbuna nº 12. (Zaragoza, Zaragoza, 50009)
618 48 46 63
jestebanrios@unizar.es

ÍNDICE

- I. ACTIVIDAD BANCARIA: DE LA REGULACIÓN A LA PRESTACIÓN OBLIGATORIA DE SERVICIOS**
- II. LA ACTIVIDAD BANCARIA COMO SERVICIO PÚBLICO**
- III. LA ACTIVIDAD BANCARIA COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL (SIEG)**
- IV. LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO (OSP)**
- V. CONCLUSIONES**

RESUMEN

I. ACTIVIDAD BANCARIA: DE LA REGULACIÓN A LA PRESTACIÓN OBLIGATORIA DE SERVICIOS

Como es sobradamente conocido, el sector bancario es un sector intensamente regulado, donde confluyen disposiciones jurídico-administrativas con las propias del Derecho Mercantil.

Dentro de este marco regulatorio, tradicionalmente han existido múltiples límites materiales que afectan de forma directa al contenido y condiciones de ciertos servicios bancarios. Así, por ejemplo, están prohibidos los intereses manifiestamente desproporcionados para préstamos, se restringen los intereses a cobrar para descubiertos, o se condicionan los índices de referencia para intereses variables.

El enfoque de dichas previsiones, orientado a evitar abusos de los operadores y mitigar el desequilibrio que existe entre las partes, se ha visto ampliamente superado en los últimos tiempos.

Así, desde el año 2017, con la aprobación del régimen de las cuentas de pago básicas, se ha establecido que las entidades de crédito quedan obligadas a ofrecer determinados servicios mediante precios tasados gubernativamente o, directamente, de forma gratuita.

Habida cuenta de esta realidad, que parece chocar con la lógica de un mercado abierto, aunque regulado, resultar necesario conocer la justificación jurídica que ampara este tipo de iniciativas.

II. ACTIVIDAD BANCARIA COMO SERVICIO PÚBLICO

En primer término, de forma hipotética, podría plantearse la consideración de la actividad bancaria, o de parte de ella, como un servicio público. Esta imprecisa y ambigua noción se vincula con la prestación de servicios indispensables para la colectividad, de carácter regular y continuo, bajo responsabilidad se atribuye a las Administraciones Públicas.

Hipotéticamente, pudiera plantearse la eventual publicación de alguna parte de la actividad bancaria –lo que ha acontecido en algunos Estados– asumiendo la Administración Pública la obligación última de prestación. Sin embargo, por lo que se refiere a España, este modelo parece lejano de la concepción vigente sobre intervención pública en la vida social y económica. Además, como condición esencial, falta la oportuna declaración formal de servicio público, o publicatio, por lo que no se cumplen los requisitos para que exista uno de estos servicios.

III. ACTIVIDAD BANCARIA COMO SERVICIO DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL (SIEG)

Descartada la calificación como servicio público, la imposición de obligaciones de prestación de servicios podría explicarse a través de la consideración de la actividad bancaria como servicio de interés económico general (SIEG).

Esta calificación, derivada del derecho de la Unión, puede aplicarse a los más diversos servicios y englobaría a aquellas actividades económicas directamente relacionadas con intereses generales y con el bien público que, sin una intervención pública, el mercado no realizaría en condiciones idóneas de calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato o acceso universal.

Estos servicios de interés económico general carecen de una concreta delimitación “ex ante”, siendo los distintos Estados miembros, sin perjuicio de las competencias que se encomiendan a la Unión, quienes han de determinar cuáles son los servicios de interés económico general y cómo se van a prestar y organizar los mismos. En esta tarea, dichos Estados miembros van a contar con un relevante margen de discreción.

En particular, por lo que se refiere a la banca, dada la gran relevancia social y económica de los servicios que se prestan, se ha afirmado la posibilidad de calificar ciertos servicios bancarios como servicios de interés económico general. De hecho, en diversos Estados miembros existen regulaciones que apuntarían en tal sentido, habiéndose aludido también a esta eventualidad desde instancias de la Unión.

Parece que, por tanto, será en este marco en el que se desarrollan las cuentas de pago básicas. Sin embargo, la calificación como servicio de interés económico general no se extendería a cualquier servicio prestado por la banca, sino únicamente a aquellos servicios que, considerados como esenciales, no quedan debida y perfectamente cubiertos por el mercado. Se trata, por tanto, de localizar los ámbitos en los que el mercado falla, a los efectos de introducir las correcciones oportunas que puedan garantizar un acceso generalizado por parte de los ciudadanos.

En este caso, como fallo de mercado podría aparecer el fenómeno de la exclusión financiera de ciertos colectivos, lo que llevaría a considerar servicios de interés económico general a ciertas áreas de la operativa bancaria, vinculadas con el depósito de fondos, la retirada de efectivo y las operaciones de pago.

Como límite a esta calificación como servicio de interés económico general aparecería el acceso al crédito –en sus distintas facetas– pues obligar a una entidad de crédito a confiar en un particular, asumiendo el correspondiente riesgo, supondría, a mi modo de ver, una intrusión indebida en la esfera de autonomía de la banca.

A su vez, la justificación material para dicha calificación parece decaer pues, mientras que garantizar el acceso a ciertos servicios de pago o estimular el ahorro resulta coherente con los intereses generales, un derecho a endeudarse resultaría dañino y chocaría con dichos intereses.

IV. LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO (OSP)

La consideración de una actividad como servicio de interés económico general tiene por principal consecuencia la posibilidad de imponer las conocidas como Obligaciones de Servicio Público (OSP) a los operadores en el mercado, y más concretamente las obligaciones de servicio universal, que garanticen que un determinado servicio está a disposición de todo consumidor o usuario.

Estas Obligaciones de Servicio Público, impuestas coactivamente a los operadores, habrán de acompañarse de compensaciones, en caso de que las contraprestaciones obtenidas de los receptores de los servicios no alcancen a cubrir los costes derivados de la prestación. Con ello se pretende alcanzar un equilibrio entre los intereses generales y la competencia en el mercado, evitando restricciones excesivas de derechos de los operadores o la asunción de cargas económicas demasiado onerosas.

En este sentido, las soluciones posibles son diversas, contando los Estados miembros con un amplio grado de libertad para configurar las compensaciones y pudiendo provenir las mismas tanto de los presupuestos públicos, como de otras empresas del sector que no se vean obligadas a prestar el servicio de interés económico general considerado. Esta configuración, en particular, debe evitar que las compensaciones puedan constituirse en una ayuda de estado incompatible con el mercado interior.

En el particular caso de las cuentas de pago básicas, como compensación, se han fijado gubernativamente unas comisiones mensuales máximas vinculadas a las comisiones medias de los servicios prestados. Al margen de este supuesto, resulta censurable que

las entidades de crédito no reciban ningún tipo de contraprestación en el caso de sujetos especialmente vulnerables.

Desde luego, parece un fin constitucionalmente legítimo que estas personas se vean protegidas y amparadas, pero no que esta protección se haga recaer plenamente en los operadores privados sin ningún tipo de compensación.

V. CONCLUSIONES

En cualquier caso, al menos para nuestro país, ha aparecido recientemente un nuevo enfoque para la intervención pública sobre el sector bancario que pretende, más allá de garantizar la solvencia y liquidez de las entidades de crédito, configurar auténticos derechos a favor de los particulares, de modo que estos puedan obtener prestaciones consistentes en servicios financieros.

En este ámbito debe recordarse el amplio margen de apreciación a disposición de los Estados miembros para definir un determinado servicio como servicio de interés económico general. Sin embargo, este margen de discreción se ve limitado por la necesidad de apreciar la concurrencia de un legítimo interés general, por la detección efectiva de un fallo del mercado en la prestación del servicio y por la necesidad de prever compensaciones suficientes que eviten una alteración de la libre competencia.

LOS RIESGOS ASOCIADOS A LAS FINTECH DERIVADOS DE LA PRIVACIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL MERCADO

Altea Asensi Merás

Profesora Contratada Doctora en Derecho Mercantil (UA)
Carretera de San Vicente del Raspeig, s/n, 03690
San Vicente del Raspeig, Alicante
965903400. Ext. 3377
altea.asensi@ua.es
<https://www.ua.es/>

I. LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE FINANCIACION PARTICIPATIVA Y LA UTILIZACION DE SISTEMAS BASADOS EN ALGORITMOS PARA LA CONCESIÓN DE PRÉSTAMOS. II. LAS CONDICIONES DE LICITUD DEL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL 1. Régimen jurídico aplicable a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales. 2. El cumplimiento de las condiciones de licitud en el tratamiento de los datos. 3. La necesidad de contar con el consentimiento del titular de los datos personales. III. EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA TOMA DE DECISIONES INDIVIDUALES AUTOMATIZADAS Y LA ELABORACIÓN DE PERFILES. 1. El uso de algoritmos de en la elaboración de perfiles y la toma de decisiones individuales automatizadas 2. Problemas que impiden garantizar la correcta protección de datos en el uso de algoritmos. 3. Propuestas para garantizar la protección de datos personales en el uso de algoritmos. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

Las tecnologías financieras (Fintech) combinan la utilización de sistemas basados en algoritmos e inteligencia artificial para el manejo de grandes cantidades de datos (Big Data o Big Data analytics). La utilización de estos sistemas ha tenido un impacto fundamental en los modelos de negocios dedicados a la prestación de servicios financieros a consumidores. Los préstamos P2P (“peer to peer” o “P2P lending”) representan uno de estos modelos de negocio consistente en la provisión de crédito a los consumidores o a los pequeños emprendedores de forma alternativa a la tradicional financiación bancaria y de los mercados financieros.

Las plataformas digitales de Financiación Participativa (PFP), cuya actividad consiste en facilitar la conexión entre prestamistas y prestatarios, utilizan la tecnología en la prestación de servicios financieros mediante la aplicación de innovadores sistemas propios de Big Data e inteligencia artificial para el uso y el tratamiento de los datos. Utilizan algoritmos que tratan datos de carácter personal para elaborar perfiles y adoptar decisiones automatizadas en la evaluación de la calificación crediticia o la solvencia de las personas físicas. La utilización de esta tecnología permite a las Fintech reemplazar el

análisis tradicional de riesgo de crédito de los prestamistas tradicionales justificándose en la ampliación de la base de clientes, una mejora en la exactitud de la obligación y la posibilidad de personalizar el precio.

El uso de la tecnología Big Data e inteligencia artificial aplicada al sistema financiero, supone un gran avance para mejorar la oferta de servicios a clientes, la evaluación de la solvencia crediticia y la evaluación de riesgos. Pero también puede suponer un peligro para la defensa de la privacidad de los consumidores, ya que dicha tecnología puede implicar que no se reconozcan determinados derechos garantizados por la normativa de protección de datos personales a los titulares de los mismos. Puesto que Fintech y Big Data analytics son la clave de los modelos de negocio de préstamos P2P, la salvaguarda de los consumidores reside en el cumplimiento de la legislación de protección de datos personales, en la medida que dicha normativa es de aplicación general y comprende cualquier procesamiento de datos personales.

A nivel de la Unión Europea, el derecho a la protección de los datos personales está regulado en el REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD). Esta regulación se ha incorporado a nivel nacional por medio de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD). Este marco jurídico pretende garantizar una mayor protección de la intimidad en el entorno digital actual, donde la privacidad de los datos personales puede resultar más vulnerable.

El Reglamento de Protección de Datos regula el empleo de algoritmos propios de Big Data e inteligencia artificial en la elaboración de perfiles y la toma de decisiones individuales automatizadas. Dentro de esta categoría se encuentran las plataformas de financiación participativa que utilizan algoritmos para la toma de decisiones individuales automatizadas relativas a la concesión o denegación de un crédito P2P. Los principales problemas que impiden garantizar la correcta protección de datos personales para las plataformas de Fintech que utilizan este tipo de los algoritmos se relacionan con la imposibilidad de garantizar el cumplimiento de a principios aplicables en el ámbito de la normativa de la protección de datos.

El principio cuyo cumplimiento resulta más problemático es el principio de transparencia (art. 5.1.a) RGPD) debido a que la elaboración de perfiles suele ser desconocida para el interesado, el tratamiento de datos funciona en distintos niveles y se trata de tratamientos con un elevado nivel de complejidad. Asimismo, la dimensión del Big Data dificulta que sea problemático el cumplimiento de los principios de limitación de la finalidad (art. 5.1.b RGPD) y del plazo de conservación (art. 5.1.e) RGPD) debido a que supone una ventaja para el rendimiento de los algoritmos su uso para finalidades secundarias y durante periodos elevados de tiempo.

El artículo 22.1 del RGPD prohíbe expresamente la toma de decisiones individuales automatizadas que tengan “efectos jurídicos en el interesado o le afecten significativamente de modo similar”. Dicha prohibición solo tiene tres excepciones: la celebración o ejecución de un contrato, que la decisión esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los EEMM y que se cuente con el consentimiento explícito del interesado (art. 22.2 RGPD). Los algoritmos que tomen este tipo de decisiones sólo

podrán utilizarse si se encuadran en alguna de estas excepciones. En el caso de las Plataformas de Financiación Participativa se cumplen la primera y la tercera condición en cuanto a que, por un lado, la decisión automatizada es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato de préstamo P2P y, por otro lado, la prestación del consentimiento al procesamiento de los datos se asocia al consentimiento para perfeccionar el contrato.

En todo caso, plataformas de Fintech que utilizan en el uso de los algoritmos que elaboran perfiles o toman decisiones individuales automatizadas deben cumplir con el principio de transparencia que obliga específicamente a informar al interesado de la “existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles” así como la “información significativa sobre la lógica implicada, así como sobre la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado” (arts. 13.2, f); 14.2, g) y 15.1, h) RGPD). Sin embargo, el cumplimiento de este deber de transparencia no lleva necesariamente a que el responsable del tratamiento tenga que revelar una compleja explicación de los algoritmos utilizados o a revelar sus detalles ya que éstos pueden estar protegidos por secretos comerciales o derechos de propiedad intelectual. (Considerando 63 RGPD).

Sin embargo, en este caso, el responsable del tratamiento de los datos si estará obligado a adoptar las medidas adecuadas para garantizar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión (art. 22.3 RGPD). Asimismo, en la inmensa mayoría de casos en los que se elaboren perfiles o se tomen decisiones automatizadas, el responsable del tratamiento deberá realizar una evaluación de impacto de protección de datos, ya que ésta es obligatoria en el caso de evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar (art. 35.3 a) RGPD).

El principal problema que plantea el uso de algoritmos con componentes de inteligencia artificial es la posibilidad de que se produzcan “sesgos” lo que se sucederá cuando se ofrezcan diferentes resultados en función de la pertenencia o no de un sujeto a uno u otro colectivo, produciendo un perjuicio al interesado. En el caso de las plataformas de financiación participativa que aplican técnicas de inteligencia artificial para evaluar la calificación o la solvencia crediticia de las personas físicas, la existencia de sesgos en dichos componentes puede producir efectos discriminatorios sobre personas o grupos sociales, lo cual va en contra del principio de igualdad recogido en el art. 14 CE. La solución que se está proponiendo desde las autoridades de protección de datos a esta problemática pasa por la posibilidad de incorporar auditorías específicas de los componentes de inteligencia artificial en los algoritmos con la finalidad de detectar y corregir dichos sesgos. Asimismo, la solución a este problema debe ir en la línea de diseñar el sistema de forma que se impida la pérdida del control humano sobre el mismo, además de documentar exhaustivamente el funcionamiento del algoritmo y su evolución.

El Código de Buenas Prácticas del Big Data establece que una de las propuestas que se deben incorporar en todo proyecto relacionado con Big Data es, precisamente, considerar la privacidad desde el diseño del algoritmo, con el objetivo de asegurar que las garantías de protección de los datos se incorporan ya desde la fase de planificación

de los procedimientos y sistemas de información. Así se cumple con el objetivo de que el proyecto se diseñe e incluso ajuste y desarrolle teniendo en consideración dichos requerimientos, de tal manera que la privacidad se integre en las nuevas tecnologías y prácticas empresariales directamente, desde el principio, como un componente esencial de la protección de la privacidad. Además de ser una de las principales novedades que incorpora el RGPD, a partir de la inclusión de esta disposición, el responsable del tratamiento de los datos personales debe de estar en disposición de demostrar que cumple con la normativa aplicable en materia de protección de datos respecto a la utilización de las tecnologías Big Data (art. 25.2 RGPD).

En esta misma línea, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial incluye una gran cantidad de propuestas destinadas a dar respuesta a la mayoría de los problemas que se derivan del uso de algoritmos que utilizan componentes de inteligencia artificial y adoptan decisiones individuales automatizadas. Entre este conjunto de medidas destacan, por su efectividad, las que deben implementarse por responsables que diseñen, desarrollen o utilicen sistemas de “alto riesgo”, entre los que se encuentran los destinados a utilizarse para evaluar la solvencia de personas físicas o establecer la clasificación crediticia. En este caso, se deberán cumplir con las obligaciones que implican reforzar el control interno de los sistemas por medio del establecimiento de sistemas específicos de gestión de riesgos, la inclusión de la documentación técnica exhaustiva y la necesidad de que puedan ser vigilados de manera efectiva por personas físicas durante el tiempo que están en uso, así como cumplir parámetros de decisión, solidez, ciberseguridad y consistencia.

LOS NUEVOS CRITERIOS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE DE LAS ENTIDADES SUPERVISADAS POR EL BANCO DE ESPAÑA

Javier Vercher Moll

Prof. Aydte. Doctor
Facultad de Derecho
Universidad de Valencia
Avda. Tarongers s/n
46022- Valencia
963825923
javier.vercher@uv.es
www.uv.es

ÍNDICE

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.
2. LA FUNCIÓN DE CONTROL DEL SAC.
3. LA INTEGRACIÓN EN EL SISTEMA DE GOBIERNO.
4. COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO.
5. TRAMITACIÓN DE LAS QUEJAS Y RECLAMACIONES.
6. MECANISMOS DE COMUNICACIÓN Y CONTROL.

RESUMEN

La protección del cliente financiero es un elemento imprescindible para preservar la confianza y promover la estabilidad del sistema financiero. Por ello, la nueva Guía del Banco de España está dirigida a las entidades supervisadas por el Banco de España sujetas a la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras. En concreto, la guía identifica las mejores prácticas recomendadas en el ámbito de la organización y del funcionamiento de los SAC.

Así, los criterios de la Guía tienen como objetivo valorar el desempeño por los SAC de sus dos principales funciones: por un lado, la función de tramitación de quejas y reclamaciones de la clientela, que, sin duda, es la más evidente e inmediata que desempeñan, y, por otro, la función de control, mucho más estratégica e independiente,

como mecanismo de alerta temprana y detección anticipada de problemas derivados de la comercialización de productos o servicios y/o de la relación de las entidades con sus clientes.

LOS SEGUROS DE TRANSPORTE TERRESTRE DE VIAJEROS

Silvia Boboc

Profesora ayudante de Derecho mercantil
Instituto Universitario de Derecho del Transporte (IDT)
Universitat Jaume I
Castellón de la Plana (Castellón) 12071
964728630
boboc@uji.es

ÍNDICE

I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA EXIGENCIA DE COBERTURA DE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA EN LA LOTT. III.- EL TRANSPORTE POR FERROCARRIL: 1.- La incidencia del Reglamento (CE) n.º 1371/2007, de 23 de octubre, en el régimen de responsabilidad del transportista. 2.- El seguro de responsabilidad civil de la empresa ferroviaria. 3.- El seguro obligatorio de viajeros. IV.- EL TRANSPORTE EN AUTOBÚS Y AUTOCAR: 1.- La incidencia del Reglamento (UE) n.º 181/2011, de 16 de febrero de 2011, en el régimen de responsabilidad del transportista en autobús y autocar. 2.- La cobertura de la responsabilidad del transportista en autobús y autocar en la legislación nacional. V.- EL TRANSPORTE EN TAXI Y VTC. VI.- SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE LOS DISTINTOS REGÍMENES.

RESUMEN

La LOTT impone la obligación de asegurar la responsabilidad por daños a los usuarios solo a los prestadores de transporte público colectivo de viajeros, que incluye el transporte por ferrocarril y en autobús o autocar [art. 21 LOTT en relación con arts. 1 y 4.1.a) RSOV], pero no en taxi o arrendamiento de vehículos con conductor (VTC). Respecto de estos últimos, aunque el ROTT prevea que la empresa deberá tener cubierta su responsabilidad civil por los daños que pudieran sufrir los viajeros como consecuencia del transporte (art. 182.6 ROTT), este precepto no puede crear una obligación de suscripción de seguros obligatorios, pues ello está reservado a normas con rango de ley (pto. 2 DA 2.ª LOSSEAR). En consecuencia, en los transportes en taxi o VTC, la obligación de aseguramiento viene impuesta exclusivamente por la LRCSCVM , aplicable, además, al transporte en autobús (art. 1.1 del Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre).

En el transporte por ferrocarril, la empresa ferroviaria deberá contratar los seguros necesarios partiendo de que, en caso de muerte, se le exige abonar un anticipo mínimo de 21.000 euros por viajero y satisfacer una indemnización por muerte o lesiones cuyo

límite máximo no puede ser inferior a 175.000 DEG por viajero [art. 13.1 y 2 del Reglamento 1371/2007, de 23 de octubre y arts. 26.5 y 30 de las Reglas Uniformes CIV, incorporadas al Reglamento], así como respetar los límites cuantitativos máximos de responsabilidad por daños al equipaje (arts. 34 y 41-43 y 48 de las Reglas Uniformes CIV). Es lamentable que el Reglamento 2021/782, de 29 de abril, aplicable en su mayor parte desde el 7 de junio de 2023, se apartara de la versión proyectada, que fijaba la cobertura mínima de 310.000 euros por viajero en caso de muerte o lesiones (art. 7.2 del Proyecto de Reglamento), con lo que se equiparaba el transporte ferroviario al aéreo.

Con arreglo al Derecho español, la cobertura mínima que deben asegurar (o afianzar) las empresas ferroviarias por daños a los viajeros y sus equipajes, puede ser de tres, seis o nueve millones de euros, en función del nivel de tráfico anual de las mismas; además, con independencia del nivel de actividad, deberán tener contratado un seguro (o constituido afianzamiento mercantil) que cubra la pérdida o daños en el equipaje, como máximo, de 14,50 euros por kilogramo bruto que falte o se dañe y hasta un máximo de 600 euros por viajero [arts. 61.3 y 63.2.a) RSF]. Asimismo, deben asegurar su responsabilidad por daños a las infraestructuras ferroviarias y a los trenes por un importe mínimo de seis y dieciocho millones de euros, respectivamente; y por un millón y medio de euros por daños a los bienes de terceros y 900.000 euros por muerte o lesión de terceros que no sean viajeros de otras empresas ferroviarias [art. 63.3 RSF].

Este régimen se completa con la obligatoria contratación por las empresas ferroviarias del seguro obligatorio de viajeros (art. 63.6 RSF), siendo ambos compatibles (art. 2.2 RSOV). Este cubre el riesgo de tener que satisfacer las indemnizaciones y los gastos de asistencia sanitaria a los viajeros o a sus derechohabientes por muerte, invalidez permanente o incapacidad temporal (art. 3 RSOV), con independencia de la culpa o negligencia del conductor, bastando con acreditar la condición de viajero (art. 6 RSOV) y que los daños corporales derivan de alguno de los supuestos contemplados en el art. 7, para ser indemnizado. Tienen la consideración de asegurados tanto los viajeros provistos del título de transporte y menores que viajan gratuitamente (art. 6.1 RSOV), como, y esto es destacable, el propio conductor (art. 6.3 RSOV). No obstante, es criticable que la norma deje fuera de su ámbito de cobertura los trayectos iniciados en otro país que finalicen en el nuestro, aunque es positiva la ampliación por Renfe Viajeros, S. A. del «ámbito territorial de la cobertura en el trayecto de regreso de trenes internacionales».

El régimen de responsabilidad y cobertura de la misma en el transporte en autobús o autocar es doble y depende de si los transportes están incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 181/2011, de 16 de febrero . En los transportes sujetos al Reglamento —regulares con un recorrido igual o superior a doscientos cincuenta kilómetros y discrecionales dirigidos al traslado de grupos de viajeros [art. 3.a) y b)], concepto este último que no coincide del todo con aquel de la legislación nacional, que incluye también el transporte discrecional de uso general (art. 64.1 LOTT)— el viajero o, como mínimo, las personas con las que este tuviera una obligación de alimentos, tienen derecho a una indemnización por fallecimiento o lesiones «de conformidad con el Derecho nacional», con un límite mínimo de 220.000 euros por viajero; a una indemnización de mínimo 1.200 euros por pieza de equipaje, salvo que se trate de un equipo de movilidad o asistencia, en cuyo caso, equivaldrá al coste de sustitución o reparación; y, asistencia para sus necesidades inmediatas tras el accidente [arts. 7.2.a) y b) y 8 del Reglamento 181/2011, de 16 de febrero]. En los transportes no incluidos en el Reglamento —discrecionales de uso general y regulares con un recorrido inferior a 250

kilómetros— el límite mínimo de la indemnización por los daños o pérdidas de los equipajes es de 450 euros por pieza (párr. 2.º del art. 23 LOTT) y no existe límite mínimo a la responsabilidad por muerte o lesiones.

Este régimen se completa con las coberturas obligatorias que establecen la LRCSCVM y el RSOV (vid. supra). La LRCSCVM, que regula el seguro por el uso y circulación de los vehículos a motor, prevé un sistema de responsabilidad objetiva para los daños corporales y subjetiva para los daños en los bienes de terceros (art. 1.1 LRCSCVM), con una cobertura obligatoria de setenta millones de euros por siniestro, cualquiera que sea el número de víctimas, en los daños a las personas, y de quince millones de euros por siniestro en los daños en los bienes [art. 4.2.a) y b) LRCSCVM]. De los primeros se excluyen los daños sufridos por el conductor causante del accidente y de los segundos, los daños en el vehículo asegurado, en las cosas en él transportadas y en los bienes del tomador, del asegurado, propietario o conductor, y del cónyuge o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores (art. 5.1 y 2 LRCSCVM).

Este aspecto es relevante para los transportes en taxi y VTC, incluidos aquellos prestados con la intervención de plataformas en línea (Uber, Cabify y Bolt), en los que el único seguro obligatorio es el del automóvil. Solo en estos medios de transporte los daños al transportista responsable del siniestro no están cubiertos y no existe obligación de contratar también un seguro de accidentes.

EL PAPEL DEL SEGURO PRIVADO DE DEPENDENCIA EN LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DE UNA SOCIEDAD QUE ENVEJECE

Eva Boj

M. Mercè Claramunt

Xavier Varea

Universidad de Barcelona

Departamento de Matemática Económica, Financiera y Actuarial.

Avenida Diagonal 690

Barcelona, 08034

934021953

mmclaramunt@ub.edu

https://webgrec.ub.edu/webpages/personal/ang/000334_mmclaramunt.ub.edu.html

ÍNDICE

- **INTRODUCCIÓN**
- **MODELO**
- **DATOS, FUENTES Y METODOLOGÍA**
- **RESULTADOS**
- **REFERENCIAS**

RESUMEN

I.-INTRODUCCIÓN

Los posibles problemas financieros derivados de los cuidados de larga duración en los mayores es uno de los aspectos que más preocupan a los ciudadanos, especialmente cuando se aproximan a la edad de 60/65 años y por lo tanto a su jubilación.

En España, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (a partir de ahora, Ley de Dependencia) ha permitido incluir los cuidados en la dependencia como un pilar más del estado de bienestar. En general, dependiendo de las características del estado de bienestar de cada país, los problemas derivados de la financiación de la cobertura pública de la dependencia son acusados y contribuyen de maneras distintas al desarrollo

de la cobertura privada a través de un seguro privado de cuidados de larga duración (SPdCLD).

Este trabajo (Boj et al., 2020) contribuye al estudio del papel que el SPdCLD puede jugar desde la perspectiva de la protección proporcionada a las familias que se enfrentan a gastos crecientes derivados de la dependencia relacionada con la edad.

II.-MODELO

El impacto de la contratación de un SPdCLD en las finanzas de las familias cuyo cabeza de familia está jubilado y tiene entre 60 y 65 años de edad se establece a través de un modelo económico financiero cuya variable central es el balance neto (ingresos menos gastos) de una familia en cada año hasta su extinción. En la aplicación al caso español, el valor inicial de esta variable se obtiene a partir de la Encuesta Financiera de las Familias 2004 (EFF) en España y para su evolución temporal se han realizado una serie de hipótesis respecto de la evolución de la composición familiar y de las magnitudes económicas.

Este balance es un proceso estocástico que incluye una doble fuente de aleatoriedad: el fallecimiento/supervivencia y la posible dependencia de cada miembro de la familia, considerando que solo hay un nivel de dependencia posible que, en el caso español, se corresponde con la más severa.

A partir de la definición de tres variables aleatorias que recogen el momento de inicio de falta de liquidez, dicho momento de inicio suponiendo que la falta de liquidez se produce y el valor actual de todas las necesidades de liquidez de la familia durante su existencia, se definen tres índices que permiten medir el impacto que la contratación de un SPdCLD tiene en el esquema financiero de los mayores. Así, el Índice Probabilístico (IP) nos muestra el porcentaje de reducción en la probabilidad de falta de liquidez, el Índice Temporal (IT) nos mide el cambio porcentual en el valor esperado del momento de inicio de la falta de liquidez (si la misma se produce) y, por último, el Índice Financiero (IF) muestra el porcentaje de reducción en el valor esperado del valor actual de las necesidades globales de liquidez, derivados de la contratación del SPdCLD.

III.-DATOS, FUENTES Y METODOLOGIA

En este trabajo, se utilizan datos de cuatro fuentes: EFF, las tablas de dependencia de Pociello y Varea (2004), los costes de la dependencia incluidos en de Prada and Borge (2013), y las ecuaciones para la distribución de los costes de los servicios públicos definidas en la Ley de Dependencia.

En referencia a la metodología estadística, destacamos que los resultados se obtienen mediante simulaciones de Monte Carlo de la supervivencia/dependencia de los miembros de las familias y el análisis clúster se aplica para la determinación de los grupos de familias.

IV.-RESULTADOS

El primer bloque de resultados hace referencia a las características de las familias objeto de estudio y su clasificación en grupos homogéneos mediante clústeres, lo que nos permite apreciar unas diferencias importantes en el impacto del SPdCLD según las características familiares. El segundo bloque de resultados viene constituido por la cuantificación de los efectos que la contratación de un SPdCLD tiene sobre las finanzas de las familias en España a partir de los valores de los indicadores definidos en el estudio.

A partir de los datos de la EFF, entenderemos como familia media en España (a partir de ahora Familia Española, FE) aquella formada por 2 miembros de los que trabajan únicamente el 36% con una renta del hogar de 38.926,86€, una riqueza neta de 483.315,26€ y unos gastos de 15.712,79€. FE representa a una familia cualquiera cuyo cabeza de familia está retirado y tiene entre 60 y 65 años de edad, independientemente del clúster al que pertenezca.

Respecto de la construcción de diferentes grupos de familias, el estudio estadístico nos define cuatro clústeres. El Clúster 1 (2; 3; 4) está formado por 167 (2; 75; 15) encuestas y a nivel poblacional representa a 523.588 (290; 140.395; 32.449) familias. Los perfiles tipo resumidos de cada Clúster son los siguientes (se indican los valores medios): Clúster 1. Uno o dos miembros que no trabajan, renta de 27.293€, riqueza neta de 404.092€ y gastos de 12.556€; Clúster 2. Entre dos y tres miembros de los cuales trabaja como mucho uno, renta de 71.836€, riqueza neta de 631.490€ y gastos de 24.917€; Clúster 3. Entre dos y tres miembros que no trabajan, renta de 162.975€, riqueza neta de 11.295.462€ y gastos de 35.831,42€; Clúster 4. Entre tres y cuatro miembros, dos de los cuales trabajan, renta de 83.147€, riqueza neta de 385.329 € y gastos de 26.,647,72 €.

Para una FE, la contratación de un SPdCLD produce una reducción en la probabilidad de falta de liquidez de un 22,49%, una anticipación de un 10% en el tiempo promedio de inicio de falta de liquidez (si ésta ocurre) y una reducción significativa de un 35% en la media del valor actual de las necesidades globales de liquidez.

El desglose de los efectos de la contratación de un SPdCLD para las familias pertenecientes a los distintos clústeres, se encuentran en la Tabla 1.

Tabla 1. Indicador probabilístico (IP), temporal (IT) y financiero (IF).

Indicador	Clúster 1	Clúster 2	Clúster 3	Clúster 4
IP	14,33%	70,01%	9,89%	4,82%
IT	-5,56%	-26,40%	-17,90%	1%
IF	30,15%	83,80%	29%	41,80%

Fuente: Elaboración propia.

V.-REFERENCIAS

BANCO DE ESPAÑA, “Survey of Household Finances (EFF) 2014: Methods, Results and Changes Since 2011”, SSRN Research Paper, 2017.

BOJ, E., CLARAMUNT, M.M. Y VAREA, X.: “Role of Private Long-Term Care Insurance in Financial Sustainability for an Aging Society”, *Sustainability*, 12(21), 2020, p. 8894.

DE PRADA, M.D., BORGE, L.M., *Una Aproximación al Coste de la Dependencia en España y su Financiación*, Fundación CASER Para la Dependencia, 2013.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

GREVE, B. (Ed.), *Long-Term Care for the Elderly in Europe. Development and Prospects*, Routledge, 2017.

PLA-PORCEL, J., VENTURA-MARCO, M., y VIDAL-MELIÁ, C., “Life Care Annuities (LCA) Embedded in a Notional Defined Contribution (NDC) Framework”, *Astin Bulletin*, 46, 2016, p. 331–363.

POCIELLO, E., VAREA, J., *El Seguro de Dependencia. Una Visión General*, Mapfre, 2004.

LEGAL DESIGN: DISRUPCIÓN POSITIVA EN LOS SERVICIOS FINANCIEROS

Anthony Novaes

Abogado de Seguros y Legal Designer

São Paulo, Brasil

+55 11 993402474

anthonyavlis@hotmail.com

<https://www.linkedin.com/in/anthonymovaes/>

ÍNDICE

- INTRODUCCIÓN
- LEGAL DESIGN: CONCEPTO
- LEGAL DESIGN: SEGUROS Y SERVICIOS FINANCIEROS
- CASOS DE APLICACIÓN EN EL MUNDO
- VENTAJAS DECURRENTES DE LA APLICACIÓN DEL LEGAL DESIGN
- CONCLUSIÓN

RESUMEN

El mercado financiero vivencia un proceso intenso de transformación alrededor del mundo, en un momento de flexibilización y desreglamentación que beneficia consumidores y reduce las barreras a los negocios.

De entre ese conjunto, los seguros se basan en la gestión de riesgos, por medio de su cesión a través de distintas camadas, y tienen una importante función de protección social. Su cadena de suministro impacta de manera única a distintas partes interesadas – los asegurados, sean ellos personas naturales o jurídicas; los corredores y productores de seguros; los brokers de reaseguros; las aseguradoras; las reaseguradoras; y, también, los retrocesionarios.

A causa de su relevancia, los gobiernos normalmente incentivan el florecimiento de la industria aseguradora, aunque la supervisión que sobre ella incide sea intensa, pues lidia con el ahorro popular. La concepción más moderna respecto a los seguros, aunque estén bajo el paraguas de los servicios financieros, apunta que su función va mucho más allá de la simple compensación económica de los daños sufridos a causa de la ocurrencia de siniestros.

En naciones como Brasil, sin embargo, el modelo de desarrollo fue caracterizado por un alto nivel de intervención estatal y de control, a ejemplo de la utilización obligatoria de cláusulas contractuales específicas, restringiendo la libertad individual y contractual y retrasando un mercado que podría haberse modernizado con más antelación por las fuerzas innovadoras que hoy de manera más fuerte se manifiestan.

Históricamente, el sector de seguros sufre para comprender las necesidades de sus consumidores, mientras intenta balancear el enfoque en los clientes y la certidumbre jurídica. Además, el fardo regulatorio es frecuentemente más grande que lo necesario y ni siempre los profesionales pertenecientes al ecosistema de seguros son incentivados a buscar la innovación en sus actividades cotidianas.

Aunque haya varios desafíos a enfrentar, la aplicación del diseño, sus herramientas y principios puede brindar una respuesta sólida y adecuada a los retos de la industria, que constantemente cambian. El legal design une la innovación y el conocimiento jurídico con un enfoque en la experiencia del usuario, de manera a traducir el derecho y hacerlo más claro y accesible, basado en el diseño centrado en el usuario.

Su aplicación permite una mejor comprensión del contenido jurídico y trae varios beneficios, dónde todas las partes ganan, lo que es especialmente importante en relacionamientos comerciales de cola larga, como suelen ser los de seguros.

El mercado todavía no alcanzó su mejor estado y sus profesionales todavía sufren para brindar servicios, productos y documentos de alta calidad y creatividad. Adicionalmente, los documentos relacionados con los seguros suelen tener una gran cantidad de contenido jurídico o altamente reglamentado, lleno de jargones y expresiones con los cuales la gran mayoría de las personas no tiene familiaridad.

El legal design, a su vez, no se enfoca solamente en la estética, sino en la utilidad. El diseño de la información jurídica, una de sus vertientes, permite elaborar documentos y otros contenidos visuales que hacen más sencillo el acceso a la información jurídica respecto a los seguros.

Esa metodología se puede también aplicar a servicios, procesos, organizaciones y sistemas, permitiendo la resolución de problemas antes de que se vuelvan en disputas, utilizando la ley para generar valor, fortalecer vínculos y alocar apropiadamente los riesgos subyacentes a los contratos. Así se evitan los litigios, se mejora la gestión de conflictos y se reducen los costos y pérdidas.

De esa manera, se mejora la respuesta a las necesidades de las personas, producida desde su mirada y no de una perspectiva exclusivamente jurídica, empoderando tanto a los consumidores como a los profesionales jurídicos.

Los servicios financieros se necesitan comunicar claramente, cambiando la costumbre de un formato tradicional impenetrable e incomprensible en favor de una estructura más simple, sin dejar de ser técnicamente correcta.

Eso permite: (i) comunicar información de manera más significativa; (ii) mejorar la oferta y relación con los clientes; (iii) transformar ideas en nuevos productos y servicios; e (iv) incentivar la innovación.

La comunicación más fluida convierte asuntos difíciles de comprender, a ejemplo del funcionamiento de una póliza de seguro, en una estructura lógica de información, aumentando la confianza de los consumidores y brindándoles más grande estabilidad.

Las personas que tienen contacto con documentos relacionados con los seguros creen que ellos pueden ser mejorados respecto a varios aspectos, a ejemplo del lenguaje – que puede ser más simple, la extensión, sus aspectos visuales.

Más que la simple aplicación de colores y elementos visuales, iconografía o lenguaje claro, el legal design es un poderoso vector de cambio, y eleva el juego al crear soluciones adecuadas a cada situación. Si los consumidores ya no son los mismos, tampoco lo pueden ser los servicios financieros.

LOS NUEVOS CONTRATOS DE FINANCIACIÓN EN EL IS: UN PRODUCTO FINANCIERO PARA OPTIMIZAR LA CARGA TRIBUTARIA

Francisco Jesús Martínez Jiménez

Profesor de la Universidad de Jaén

Universidad de Jaén

Departamento de Economía Financiera y Contabilidad

Edificio Ciencias Sociales y Jurídicas

(D3-125) Campus Las Lagunillas, s/n, 23071, Jaén

+34 953213461

+34 667255793

fmartine@ujaen.es

<http://orcid.org/0000-0002-8492-8978>

RESUMEN

En este trabajo queremos poner de manifiesto que, durante la presente legislatura, hemos sido testigos de la creación de nuevas figuras impositivas sobre operaciones realizadas a través de internet, sobre operaciones de la economía colaborativa o sobre operaciones en los mercados financieros. Ante esta situación, el Gobierno de España aprovechó la Ley de los Presupuestos para introducir una mayor seguridad jurídica en las operaciones de planificación fiscal.

Además de esa mayor seguridad jurídica, la modificación planteada en dicha norma pretende alcanzar una mayor eficiencia en el aprovechamiento de las deducciones fiscales, tanto para producciones audiovisuales españolas, como para espectáculos en vivo. Dicha modificación nace de la enmienda 3090 presentada por el Grupo Parlamentario Republicano al articulado del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2021. Con la mencionada enmienda se pretendía introducir la novedosa fórmula de transmisión de los créditos fiscales regulados en los artículos 36.1 y 36.3 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ya utilizada en ordenamientos tributarios forales. En este sentido, hablamos de una especie de trasposición al ordenamiento jurídico de territorio común de fórmulas alternativas de financiación existentes en la Comunidad Foral de Navarra (para el caso de producciones audiovisuales), así como en las diputaciones forales de Bizkaia y Gipuzkoa (en relación con las deducciones por I+D+i).

Dicha enmienda se convirtió en la disposición final trigésima primera de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, que viene a modificar el artículo 36 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. En concreto, se introduce un nuevo apartado 7 al artículo 39 de la LIS, para permitir que el contribuyente que participe en la financiación de producciones cinematográficas españolas, series audiovisuales o producción y exhibición de espectáculos en vivo, pueda aplicar directamente la deducción por

producciones audiovisuales españolas (del art. 36.1 LIS) y por eventos musicales y teatrales (del art. 36.3 LIS), sin necesidad de haber realizado la producción u obra.

Es decir, esta modificación plantea la utilización de los contratos de financiación en las operaciones empresariales que originen, a través de inversiones en producciones cinematográficas, series audiovisuales y espectáculos en vivo de artes escénicas y musicales, para alcanzar hasta un 20 % de rentabilidad en dicha inversión. Lo cierto es que la recuperación de la inversión en esta operación de inversión se realizará con la aplicación de las deducciones originadas en actividades de espectáculos en vivo o en producciones cinematográficas de otro contribuyente en el Impuesto sobre sociedades del inversor.

Este tipo de operaciones suponen una de las mayores remuneraciones actualmente en los mercados financieros, desde el punto de vista de un inversor, estableciéndose dos únicas condiciones: 1) disponer de tesorería y 2) tener suficiente cuota tributaria para absorber la deducción originada en aquellas actividades.

Anteriormente, estas operaciones financieras se estructuraban mediante una Agrupación de Interés Económico, optimizando la carga fiscal del inversor al emplear estas entidades la aplicación de la transparencia fiscal y mediante el régimen de atribución de rentas se beneficiaban de las deducciones y bases imponibles negativas generadas en sede de la AIE promotora de esas actividades. En definitiva, con la nueva redacción, esta aplicación normativa supone una especie de compra de aquellas deducciones por parte de un contribuyente neto al Impuesto sobre Sociedades.

Entrando en detalle de la modificación normativa en el Impuesto sobre Sociedades, se establece una nueva fórmula mediante el contrato de financiación, donde el inversor no puede adquirir derechos de propiedad intelectual o de otra índole sobre la producción, cuya propiedad será en todo caso del productor. Este requisito pretende facilitar y simplificar los procesos de negociación, ya que clarifica que la inversión por parte del inversor es únicamente por la aplicación de la deducción generada y elimina la posibilidad de adquirir los derechos sobre la producción, tanto musical como audiovisual, así como de sus resultados.

Otro de los requisitos materiales previstos en la norma es que las aportaciones del inversor “se podrán realizar en cualquier fase de la producción hasta la obtención del certificado”, de acuerdo con el art. 39.7 de la LIS. Desde el punto de vista del inversor, su aportación de financiación a la producción con anterioridad a la obtención de dicho certificado supone la asunción de cierto riesgo de producción, en la medida en que dicho certificado podría ser denegado. No obstante, cabría plantearse si la finalidad de dicho requisito es, efectivamente, que el inversor asuma este riesgo o si simplemente está orientada a objetivar el momento límite en el proceso de desarrollo de la producción en el que podría realizarse dicha inversión.

Siguiendo con el análisis del art. 39.7 de la LIS, vemos que en el tercer párrafo del artículo prevé el contenido mínimo que deberá contener dicho contrato de financiación, concretándose en los siguientes puntos: a) Identidad de los contribuyentes que participan en la producción; b) Descripción de la producción; c) Presupuesto de la producción con descripción detallada de los gastos y, en particular, de los que se vayan a realizar en territorio español; d) Forma de financiación de la producción, especificando separadamente las cantidades que aporte el productor, las que aporte el

contribuyente que participe en su financiación y las que correspondan a subvenciones y otras medidas de apoyo; e) Las demás cuestiones que reglamentariamente se establezcan.

Anteriormente, hemos mencionado que existe una rentabilidad máxima del 20% ofrecidos por el promotor del acto. En este sentido, en el segundo inciso del cuarto párrafo del artículo 39.7 de la LIS establece que no se podrá aplicar una deducción superior al importe correspondiente, en términos de cuota, resultante de multiplicar por 1,20 el importe de las cantidades por él desembolsadas para la financiación de la producción. No obstante, se trata de un límite máximo de rentabilidad, de modo que productores e inversores podrán negociar libremente en el contrato de financiación el importe de las cantidades a invertir, pudiéndose pactar rentabilidades inferiores al 20% de las cantidades desembolsadas por el inversor.

Otro aspecto significativo será lo establecido en la primera parte del cuarto párrafo del art. 39.7 de la LIS, dónde establece que los inversores podrán aplicar la deducción “determinándose su importe en las mismas condiciones que se hubieran aplicado el productor”. De este modo, nuestra interpretación pasa por interpretarlo de forma que en aquellos casos donde el productor cumpla los requisitos para aplicar los porcentajes de deducción ex artículos 36.1 o 36.3 y que les sea de aplicación los incrementos previstos para el régimen económico y fiscal de Canarias (REF), dicho promotor podrá transmitir el importe de dicha deducción al inversor, con independencia de que fuera o no residente en territorio canario. Así las cosas, esto supondría una diferencia significativa respecto del régimen de AIE, en la medida en que la interpretación de la Dirección General de Tributos es que, dado que la AIE imputa bases de deducciones a sus socios, el inversor socio de la AIE canaria productora solo puede imputar las deducciones generadas por la AIE en la medida en que sea residente o posea un establecimiento permanente en Canarias, lo que, en la práctica, ha supuesto un freno importante al desarrollo de la producción audiovisual en dicho territorio.

Otro de los requisitos establecidos en la nueva norma es la obligación de comunicar a la AEAT el contrato de financiación, así como los certificados, tanto de nacionalidad y culturalidad (36.1), como los certificados del Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música (36.3). Dicha comunicación deberá ser suscrita tanto por el productor como por el inversor con anterioridad a la finalización del período impositivo en que se genere la deducción, en los términos que reglamentariamente se establezcan. De la redacción de la norma se desprende que el obligado a realizar esta comunicación sería el inversor.

Del mismo modo, se debe advertir que la deducción generada por el productor que suscriba el contrato de financiación será incompatible, total o parcialmente, con la deducción a la que tendría derecho el inversor por aplicación de lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 36 de esta Ley, lo cual parece lógico, pues de lo contrario se estaría duplicando el incentivo por una misma inversión.

Finalmente, cabe destacar que el Estado español habría procedido a notificar a la Comisión Europea este nuevo régimen de deducciones siguiendo el procedimiento exigido, con carácter general, por el Tratado de Funcionamiento de la UE en relación con ayudas de Estado. La Comisión Europea deberá emitir una decisión valorando si la nueva medida cumple con las condiciones establecidas en su Comunicación de 2013 sobre ayuda estatal a las obras cinematográficas y otras producciones del sector audiovisual donde valore si esta medida aprobada constituye una ayuda de Estado en

sentido estricto, lo cual requiere, entre otros aspectos, que sea considerada selectiva. Si este fuese el caso, deberá valorar que la medida aprobada respete el principio de legalidad general, que no supere los límites de intensidad, que no se reserve para actividades de producción específicas o a partes concretas de la cadena de valor de la producción y verificará que apoye únicamente los productos culturales audiovisuales y que se cumplan las demás condiciones establecidas en citada comunicación.

En conclusión, vemos que se trata de una medida que viene a simplificar y generar una mayor seguridad jurídica a las inversiones en producciones cinematográficas españolas, series audiovisuales o producción y exhibición de espectáculos en vivo, mediante la aplicación de las deducciones mencionadas anteriormente, estableciendo para ello una rentabilidad atractiva para los inversores, pero condicionada a ser contribuyente neto al Impuesto sobre Sociedades.

EL ACCESO A LA FINANCIACIÓN DE SOCIEDADES EN EL DERECHO PRECONCURSAL Y LA TUTELA DE LA NUEVA FINANCIACIÓN

Marina Vázquez Esteban

Profesora Ayudante

Carretera de San Vicente del Raspeig, s/n

03690 San Vicente del Raspeig, Alicante

965903400

marina.vazquez@ua.es

<https://cvnet.cpd.ua.es/curriculum-breve/es/vazquez-esteban-marina/41856>

ÍNDICE

• I. LOS MECANISMOS DE REESTRUCTURACIÓN DEL DERECHO PRECONCURSAL COMO MEDIO PARA FACILITAR EL ACCESO A LA FINANCIACIÓN DE EMPRESAS. 1. La relevancia del acceso a la financiación de las sociedades en situaciones de crisis. 2. La influencia de la “estructura de capital” y la “estructura financiera” en la financiación de las sociedades. II. LA TUTELA DE LA NUEVA FINANCIACIÓN EN EL DERECHO PRECONCURSAL. 1. Delimitación conceptual de la financiación objeto de tutela. 1.1. El Texto Refundido de la Ley Concursal y los nuevos ingresos de tesorería. 1.2. Ampliación del ámbito de aplicación del régimen del dinero nuevo por la Directiva 2019/1023. 1.3. El Anteproyecto de Ley para la transposición de la Directiva 2019/1023. 2. Instrumentos de tutela y requisitos exigidos de acceso. III. MECANISMOS DE CONTROL FRENTE A LOS RIESGOS DERIVADOS DE LA PROTECCIÓN DE LA NUEVA FINANCIACIÓN. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El acceso a la financiación de las sociedades reviste la máxima relevancia en situaciones de crisis o cercanas a la misma, cuando las sociedades sufren un gran apalancamiento y se enfrentan a fenómenos como el underinvestment o el free ride.

De no asegurar el acceso a la financiación en tales escenarios, evitando el deterioro de sus activos, su supervivencia con gran probabilidad se verá gravemente comprometida.

La preocupación por el porvenir de los acuerdos en los que la nueva financiación se materializa sobrevuela a los potenciales financiadores. Destaca el miedo a la rescisión de los créditos o su calificación como subordinados; la posibilidad de incurrir en responsabilidad concursal; comportamientos abusivos por parte de los financiadores o la “hipertrofia de los créditos contra la masa”; y la ruptura del principio par conditio creditorum; entre otros.

Así las cosas, los legisladores europeo y nacional articulan una batería normativa para facilitar el acceso de las sociedades a la financiación en estos escenarios. Las novedades en la materia derivan de la entrada vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal, la Directiva 2019/1023, su Anteproyecto de transposición, y la normativa aprobada para paliar los efectos de la crisis provocada por la Covid-19.

Ahora bien, el planteamiento del legislador europeo y que impulsa las reformas por medio de la Directiva 2019/1023, encuentra su origen en nociones de carácter económico, con presencia consolidada en sistemas anglosajones, como el Chapter 11 del Derecho norteamericano de reestructuraciones e insolvencias. Se trata del concepto de estructura de capital que, posteriormente, es completado con nociones propias de la estructura financiera. Se hace referencia así a la composición de los recursos de la empresa, relacionando los distintos niveles de endeudamiento alcanzables y el acceso a la financiación

Como principal consecuencia, se articula un nuevo Derecho preconcursal o paraconcursal basado en los planes de reestructuración, llamados a sustituir a los actuales acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pago. El foco se sitúa en la reestructuración temprana de sociedades viables para facilitar su acceso a la financiación. Para ello, será imprescindible el interés y compromiso de los acreedores, tanto en la fase de negociación, como en el contenido de los planes. Por este motivo se recogen una serie de incentivos a través de la tutela de la nueva financiación, acompañadas por medidas de control o garantías frente a los riesgos asociados a este tipo de acuerdos.

Junto con la armonización de los instrumentos de protección y control, resulta esencial un concepto unívoco sobre la naturaleza de los créditos susceptibles de recibir cobertura. A este respecto, la Directiva introduce cambios esenciales ampliando el ámbito de aplicación y excediendo de la limitación actual a aquellos que constituyan nuevos ingresos de tesorería. Sorprende, en este punto, la redacción del Anteproyecto de Ley para la transposición. Sin embargo, ante el silencio sobre el alcance de la expresión “nueva financiación” se ha de entender que quedarán protegidos no sólo aquella que implique fondos líquidos, sino aquellos de distinta naturaleza, como la conversión de créditos de corto a largo plazo, las quitas o la capitalización de deuda.

El concepto amplio resulta coherente con los objetivos propuestos y el fomento de la implicación de los acreedores por la reestructuración de empresas, de conformidad con la teoría de la estructura de capital y de la estructura financiera. Especialmente cuando se trate de pymes, donde predomina la deuda operativa.

La protección que ofrece la legislación aplicable varía desde la irrevocabilidad de los acuerdos, hasta la concesión de privilegios en la prelación de los créditos, en caso de concurso constitutivo, pasando por la exoneración de responsabilidad. En relación con esto, el Anteproyecto introduce como novedad una protección graduada para los créditos, basada en el “test del pasivo sufriente”, según los porcentajes de pasivo afectado por el plan de reestructuración. Además, la graduación dependerá de si se trata de “nueva financiación” o “financiación provisional”. Esta distinción constituye también una novedosa ampliación del ámbito de protección.

Igualmente, se han de tener presentes los incentivos para la financiación por insiders o personas especialmente relacionadas. Es el caso de la modificación temporal de la

subordinación automática de los créditos concedidos por los socios como nueva financiación, por la Ley 3/2020. Una medida ya conocida en el régimen español que plantea cuestiones sobre su futura coordinación con la transposición de la Directiva y la posición del socio en las reestructuraciones tempranas.

Por lo que respecta a los controles y garantías legales, en relación con el futuro de los planes de reestructuración, cabe distinguir entre la posibilidad de prever un control ex ante y el control ex post actualmente regulado mediante la homologación por el juez; el sacrificio desproporcionado de los acreedores; el plan de viabilidad y el carácter razonable y necesario de la financiación que se conceda; además de que la financiación se materialice en el éxito de la formalización de un plan de reestructuración o se produzca en el marco del mismo.

Lo anterior, sin descartar las limitaciones extracontractuales, propias de la autonomía de la voluntad, v. gr., a través de covenants.

Con todo, los límites temporales, finalistas y causales, así como las novedades introducidas, plantean numerosas cuestiones sobre el futuro de la nueva financiación de las sociedades en situaciones de crisis o cercanas a la misma. Todas ellas merecedoras de una reflexión sobre su alcance y proporcionalidad en relación con los objetivos propuestos y los intereses implicados.

ANÁLISIS SOBRE LA REALIZACIÓN DE PRUEBAS GENÉTICAS Y LA DECLARACIÓN DE RIESGO EN LOS SEGUROS DE VIDA

Irene Córdoba Mochales

Becaria FPI

Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN, II. LA DECLARACIÓN DE RIESGO, III. LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA, IV. CONCLUSIONES, V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los avances científicos actuales han traído al ámbito del contrato de seguro nuevas posibilidades. Una de ellas es la ampliación de la información que puede obtenerse con el cuestionario médico que entraña la declaración de riesgo en los seguros de vida, mediante la aplicación de las técnicas de investigación y análisis genético para la detección de enfermedades. En el presente trabajo se repasa la regulación de la declaración de riesgo y la protección de los resultados de pruebas genéticas, para tratar de determinar la legitimidad que podría tener la aseguradora para solicitar estas pruebas, y el derecho del futuro asegurado sobre el sometimiento a las mismas o la revelación de sus resultados.

I. INTRODUCCIÓN

La declaración de riesgo en los seguros de vida, implica someter al futuro asegurado a un cuestionario de salud, dado que en este caso las circunstancias directamente relacionadas con la valoración del riesgo son los antecedentes médicos.

La actual configuración del deber en la Ley de Contrato de Seguro traslada a la aseguradora la tarea de elaborar un cuestionario completo, que le permita conocer todas aquellas circunstancias que debe tener en cuenta para valorar correctamente el riesgo que pretende cubrirse. El solicitante del seguro, por su parte, debe contestar verazmente a este cuestionario sin omitir información conocida y relevante para la finalidad del mismo.

Por otro lado, la innegable evolución de la ciencia ha comportado avances en el campo sanitario hasta el punto de poder detectar el riesgo de padecer una enfermedad a través de análisis genéticos. Actualmente es posible someter al sujeto a un estudio de ADN mediante el cual extraer la presencia de genes portadores de una enfermedad crónica o genética, e incluso evaluar la probabilidad o predisposición del paciente a padecer determinada patología.

La confluencia de estas dos realidades conduce a la cuestión de si estas pruebas genéticas podrían ser aplicables al examen médico que integra la declaración de riesgo, y, en su caso, los límites aplicables al conocimiento y revelación de sus resultados. En los siguientes epígrafes se intentará analizar si la protección actual de estos datos de carácter personal podría trasponerse a la regulación de la declaración del riesgo.

II. LA DECLARACIÓN DE RIESGO

La declaración de riesgo es uno de los trámites que deben llevarse a cabo durante la contratación del seguro, concretamente, en la solicitud, pues la información que se proporcione en este momento resultará esencial para que la aseguradora pueda decidir sobre la viabilidad de la contratación del seguro y sobre la valoración económica del mismo, en base a lo cual emitirá (o no) una oferta determinada a ese futuro tomador en concreto.

En su configuración, el legislador ha evolucionado desde la concepción de la declaración como una responsabilidad única del declarante del seguro a tomar consideración que este puede no poseer los conocimientos técnicos específicos para sopesar qué circunstancias serán relevantes en la valoración del riesgo y, en consecuencia, qué información debe proporcionar a la aseguradora.

Así, actualmente se constituye como un deber de contestación, que implica obligaciones para ambas partes. La aseguradora será la encargada de efectuar un cuestionario lo más completo y detallado posible, que le permita evaluar de forma precisa el riesgo que será objeto del contrato. El futuro tomador, al que, dado el momento del iter contractual en el que se encuentra, podría llamársele solicitante, deberá responder a todas las preguntas que se le planteen con los datos que conozca o debiera conocer. El incumplimiento del deber de declaración de riesgo será imputable a una u otra parte en función de si la falta de información se debió a una ausencia o ambigüedad en la pregunta o a una falsedad u omisión en la respuesta.

Particularmente, en los seguros de personas, y en concreto para el seguro de vida, se va a exigir una exhaustividad mayor en el cuestionario, dado el objeto de protección. La salud del asegurado, que será en este caso quien ostente el deber de contestar al cuestionario, es un elemento determinante en la evaluación del riesgo, de modo que no solo se precisa conocer su situación actual en el momento de la declaración, sino también su historial médico, patologías previas, enfermedades, incluso hábitos que puedan condicionar su estado de salud.

Es en este último punto donde juegan un papel esencial los avances médicos. Las nuevas técnicas de detección temprana de enfermedades permitirían al sujeto tener un conocimiento mucho más amplio y detallado de su estado de salud, hasta el punto de poder figurarse cómo evolucionará este en el futuro. Ello implica, para el asegurador, poder obtener información más precisa de los elementos que van a influir en el objeto de protección del seguro.

Ahora bien, la complicación radica en determinar hasta qué punto puede acceder la aseguradora a esos datos médicos, de carácter confidencial, o exigir al solicitante que se

someta a determinadas pruebas. Este es el conflicto que se plantea con la investigación genética para la detección temprana de enfermedades.

III. LA INVESTIGACIÓN GENÉTICA

La legislación española todavía no ha establecido previsiones específicas para el caso de la investigación genética en el concreto marco de la declaración de riesgo del contrato de seguro, sin embargo, sí que existen normas sobre la investigación genética en otros ámbitos, las cuales podrían orientar una futura regulación en la materia.

En concreto, la Ley de Investigación Biomédica (en lo sucesivo, LIB) contiene preceptos de interés en lo relativo a la realización de pruebas genéticas y los datos que de ellas se obtienen. Del compendio normativo que se presenta en la LIB, se pueden extraer algunas conclusiones:

- ☐ Las pruebas genéticas relativas a la detección de una enfermedad, o la predisposición a padecerla, solo serán llevadas a cabo con fines médicos o de investigación genética.
- ☐ Estas pruebas o análisis deberán realizarse por profesionales debidamente cualificados, en centros acreditados con ciertos indicadores de calidad, y siguiendo el concreto proceso establecido para ello.
- ☐ Los datos que se obtengan de dichas pruebas, solo serán accesibles bajo el consentimiento del sujeto a quien se le hayan realizado o, en su caso, de sus representantes legales. Este consentimiento debe ser expreso y mostrarse por escrito, pues los resultados de los análisis genéticos tienen el carácter de datos personales. Estos mismos términos se establecen para la cesión de los mismos.
- ☐ Por último, la información podrá no ser revelada, ni siquiera a quien se ha sometido a la prueba, pues se establece el derecho a no conocer los resultados del análisis de riesgo genético. Es un derecho especialmente reforzado, pues solo se verá limitado respecto de aquellos datos de conocimiento imprescindible, en el marco de un tratamiento médico, y cuando exista un riesgo grave para la salud de los familiares.

En suma, esta ley protege los datos genéticos no solo del conocimiento de terceros, ajenos al personal sanitario (como las aseguradoras) sino que también puede excluirse del conocimiento al propio interesado. Aplicando estas directrices a la declaración de riesgo, aparecen ineludiblemente tres cuestiones: la posibilidad de someter al solicitante a una prueba genética; la obligatoriedad en cuanto al conocimiento de los resultados por el declarante; y la posibilidad de exigir la cesión de esa información por parte de la aseguradora.

IV. CONCLUSIONES

Tras un estudio de la declaración de riesgo, su legislación, evolución y configuración actual, y un examen de la regulación de las pruebas genéticas para la detección de

enfermedades, podría concluir que, de ser aplicables a la declaración de riesgo, sería beneficioso seguir lo más estrictamente posible el modelo establecido en la LIB.

Entiendo que, pese a que no existe una regulación específica para el contrato de seguro, la LIB ofrece un marco que, unido a la regulación genérica de la protección de datos, y en concreto la de protección de datos médicos, puede proporcionar una imagen clara sobre cómo debe actuarse frente a la posibilidad de realizar pruebas genéticas de detección temprana de enfermedades.

Lo primero a tener en cuenta, a mi entender, es que de ninguna manera se debería permitir obligar al solicitante a someterse a un examen de este tipo. Entra en juego la libre determinación de la persona, y los derechos a la privacidad, dignidad y desarrollo del ser humano, siendo el paciente el único legitimado para decidir si desea conocer la probabilidad de padecer una enfermedad futura que todavía no le ha sido diagnosticada.

Por otro lado, considero que la propia configuración del seguro de vida no se presta a conocer todas las causas que pueden provocar la muerte, pues se perdería el matiz azaroso que lo configura como un contrato aleatorio. Como ha manifestado la jurisprudencia, ello despojaría al contrato de su propio contenido, puesto que se reducirían al extremo las causas productoras de la muerte.

Cuestión distinta sería que la prueba ya hubiese sido practicada por otros motivos. En este caso, creo que deberían valorarse por separado los dos panoramas posibles, teniendo en cuenta el derecho a no saber. Si el solicitante ha decidido no conocer los resultados de la prueba, creo que el asegurador, por los motivos anteriormente descritos, no debería estar legitimado para solicitar que se le transmitan; sin embargo, si el futuro asegurado es conocedor de los mismos, considero que sí que sería factible exigir su revelación a la aseguradora, pero únicamente cuando ello pudiese resultar determinante para la evaluación del riesgo, valorándose la situación en los mismos términos que la omisión de datos conocidos y no preguntados en el cuestionario.

En definitiva, considero que una aplicación, en la medida de lo posible, de la regulación de la protección de los resultados de las pruebas genéticas, unido a la propia naturaleza del contrato de seguro y los derechos de intimidad y de no saber del solicitante, pueden ser suficientes para elaborar una idea general sobre cómo proceder ante la posibilidad de realizar pruebas genéticas para la detección temprana de enfermedades.

V. BIBLIOGRAFÍA

BADO CARDOZO, V.S., La declaración de los riesgos en los contratos de seguros. Estudio de los ordenamientos jurídicos español, uruguayo y argentino, Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia, Valencia, 2014.

BARBERÍA LEGARRA, A., “Seguro de vida: obligación del asegurado de declarar las circunstancias agravatorias del riesgo”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº3, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

BATALLER GRAU, J., El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro, Colección jurisprudencia práctica, nº128, Technos, Madrid, 1997.

GARCÍA VILLAYERDE, R., “Contenido de la notificación de las alteraciones del riesgo en los seguros de vida”, AA.VV. (dir. VERDERA Y TUELLS, E.), Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, vol. I, CUNEF, Madrid, 1982, págs. 1014 y ss.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Conocimiento cualificado y declaración del riesgo asegurado. De nuevo sobre los límites del artículo 10 de la Ley de Contrato de Seguro”, Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº109, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2019, págs. 201-227.

JORQUI AZOFRA, M., “El deber de declaración de riesgo en los seguros de personas: especial consideración a los datos derivados de pruebas genéticas predictivas”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, nº2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs. 29-88.

JORQUI AZOFRA, M., “Análisis genéticos en el ámbito de la contratación de seguros”, AA.VV. (dir. ROMEO CASABONA, C.M.), Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Comares, Granada, 2011, págs. 55-73.

LATORRE CHINER, N., “Artículo 10.- El deber de declaración del riesgo”, AA.VV. (dir. BATALLER GRAU, J., BOQUERA MATARREDONA, J., OLAVARRÍA IGLESIA, J.), Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 163-172.

MUÑOZ PAREDES, M.L., El deber de declaración del riesgo en el seguro, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

RODAS PAREDES, P., “La “medicina predictiva” y los deberes informativos del asegurado en los seguros de personas”, AA.VV. (dir. BATALLER GRAU, J., QUINTANS EIRAS, M.R., VEIGA COPO, A.B.), La reforma del Derecho del seguro, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 261-273.

ROLDÁN AGUIRRE, I., “Seguros de vida y cuestionarios de salud: solo se debe responder a lo que se pregunta”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº5, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

RUBIO VICENTE, P.J., El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro, Fundación Mapfre, Madrid, 2003.

RUIZ MUÑOZ, M., “Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador”, Revista española de seguros, nº65, 1991, págs. 13 y ss.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Art. 10. Deber de declaración de riesgo”, AA.VV. (dir. SÁNCHEZ CALERO, F.) Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones, ed. 4ª, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, págs. 282 y ss.

POSSIBILI EFFETTI DEL REGOLAMENTO MICA SUL SISTEMA ITALIANO

Roberto Caratozzolo

Professore di Diritto dell'economia
Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche
Università degli Studi di Messina - Italy
+ 39 0906762121
rcaratozzolo@unime.it

Resumen

Con il c.d. pacchetto per la finanza digitale adottato nel settembre 2020, contenente diverse misure volte ad incrementare e sostenere lo sviluppo delle innovazioni tecnologiche nel campo finanziario, la Commissione Europea ha, fra l'altro, mosso decisivi passi verso l'espresso riconoscimento giuridico e la definitiva regolamentazione di quelle che, certamente, rappresentano alcune tra le più rilevanti manifestazioni riconducibili al mondo Fintech. Come noto, infatti, fin dai primi momenti della loro apparizione sul mercato, le valute digitali hanno immediatamente suscitato grande interesse da parte di operatori, studiosi, istituzioni, intenti a comprenderne la natura e la valenza con l'obiettivo di sfruttarne i vantaggi ma, contemporaneamente, di valutarne e limitarne i numerosi rischi dovuti, in primo luogo, all'assenza di una normativa specifica capace di regolamentarne l'operatività.

Così come gran parte delle innovazioni tecnologiche finanziarie, infatti, anche la galassia delle valute virtuali si sviluppa in un contesto non ancora sufficientemente disciplinato in cui i legislatori, nazionali o sovranazionali, facendo fatica a rincorrere la rapida trasformazione ed i repentini cambiamenti che le contraddistinguono, si presentano spesso con risposte tardive ovvero con soluzioni inadeguate o insufficienti sotto diversi profili. Ciò ha comportato, fin ora, la diffusione di pratiche lasciate alla libera autonomia degli operatori in ordine alla scelta di modalità, termini, tempistiche, procedure con cui offrire, collocare, scambiare tali valori digitali a discapito, intuitivamente, della certezza delle regole, della trasparenza delle condizioni applicate, dell'efficienza e della stabilità del mercato di riferimento: fattori, questi, che rappresentano le criticità più rilevanti per i soggetti offerenti, gli utenti finali e per il sistema in generale. A ciò si aggiunga il fatto che si tratta di modelli contraddistinti da differenti elementi strutturali e funzionali e da diversi fattori tecnici ed organizzativi che rendono particolarmente difficoltosa una loro ricostruzione in termini di unitarietà e di omogeneità.

Consapevole che la digitalizzazione riguarderà certamente il futuro di imprese e di consumatori, che godranno di un accesso sempre più semplificato ed immediato a nuovi servizi digitali offerti da nuovi operatori o da quelli tradizionali adeguatamente rinnovati in base a logiche digitali, l'Europa intende coglierne le opportunità, migliorando affidabilità e sicurezza degli stessi servizi e delle infrastrutture su cui essi poggiano. Nell'ottica di comprendere a fondo tali innovativi fenomeni e trovare adeguate misure capaci di governare il progresso tecnologico, favorendo una complessiva transizione digitale del sistema europeo, è stato intrapreso un cammino "senza ritorno" volto a individuare regole che riescano a cogliere l'essenza dei nuovi fenomeni, sfruttare le indubbie opportunità che essi presentano e limitare, al contempo, i numerosi rischi sia per i singoli che per il mercato in generale.

In questo tanto ambizioso quanto impegnativo quadro tracciato, la Proposta relativa alla regolamentazione dei mercati delle crypto-attività, c.d. MiCar, intende porre le basi per la creazione di un mercato unico delle crypto-attività e favorire la c.d. tokenizzazione delle attività finanziarie tradizionali, attraverso un ricorso stabile e certo alla nuova tecnologia DLT. Considerata, infatti, l'inadeguatezza della vigente disciplina europea in tema di servizi finanziari per un possibile sviluppo della tecnologia DLT oltre che l'insufficienza della stessa a disciplinare tutte le tipologie di attività, la proposta si prefigge la realizzazione di quattro obiettivi principali: a) fornire certezza del diritto, mediante la predisposizione di un quadro normativo solido che individui chiaramente la disciplina applicabile a tutte quelle crypto-attività non ancora regolate dalla legislazione vigente in materia di servizi finanziari; b) sostenere l'innovazione e promuovere lo sviluppo delle crypto-attività e il ricorso alla DLT attraverso regole certe e proporzionate; c) garantire livelli adeguati di tutela dei consumatori e degli investitori e idonea integrità del mercato, sul presupposto che le crypto-attività non disciplinate dalla legislazione vigente presentano rischi analoghi a quelli portati dagli strumenti finanziari; d) garantire integrità e stabilità finanziaria, messe a rischio dalla possibilità di espansione extraterritoriale dell'uso di tali assets. Il tutto, naturalmente, in un più ampio quadro regolatorio e di vigilanza europeo omogeneo ed uniforme che possa consentire la prestazione delle relative attività cross border superando la frammentazione legislativa tra i vari Stati e fornendo maggiore certezza e stabilità delle relative operazioni, anche attraverso l'eliminazione di fenomeni di arbitraggio regolamentare. Una regolamentazione unitaria ed omogenea è in grado, infatti, di aumentare la fiducia degli utenti verso tali assets, migliorare il loro sviluppo, realizzare un mercato unico in grado di offrire nuove opportunità in termini di servizi digitali innovativi, strumenti di pagamento alternativi e nuove fonti di finanziamento per le imprese. Le crypto attività, e le tecnologie blockchain poste alla loro base, sono ritenute importanti per offrire pagamenti potenzialmente economici e veloci, migliorare la conclusione di operazioni transfrontaliere e internazionali. Esse possono fornire vantaggi significativi sia alle imprese che ai consumatori: le PMI possono sfruttare la semplificazione dei processi di raccolta di capitali, la minore onerosità e la maggiore inclusività offerti dalle emissioni di crypto-attività; i consumatori, possono avere maggiori opportunità di investimento, diversificando gli impieghi e migliorando l'allocazione del rischio e la loro redditività, oltre che godere di strumenti di pagamento più economici, veloci ed efficienti, in grado di funzionare su base transfrontaliera.

Per la realizzazione di tali obiettivi, la Proposta Micar, dopo aver provveduto a delineare il proprio ambito operativo attraverso l'adozione di una serie di definizioni ampie e generali con l'intento di ricomprendere ogni possibile tipologie di critpo-asset, si concentra sul procedimento di offerta sul mercato, adottando alcune soluzioni e

misure che sembrano ripercorrere, sebbene con caratteri distinti e adattati alla particolare tipologia di strumenti cui si riferiscono, l'impianto generale già conosciuto ed applicato ad altri tipi di investimenti finanziari.

Anche la proposta Micar riconosce, infatti, la necessità di far conoscere al cliente tutti i diritti e gli obblighi derivanti dalla conclusione di transazioni aventi ad oggetto tale tipologia di beni e, in generale, di fornirgli ogni informazione necessaria per giungere ad una scelta negoziale consapevole, confermando un'impostazione umano centrica presente in altri provvedimenti inerenti al c.d. Fintech. A tal proposito viene adottato un criterio proporzionale che prevede l'applicazione di regole distinte in base al rischio presentato dai diversi cripto-assets. Vengono così graduate le previsioni normative da applicare ai servizi ed alle attività che hanno ad oggetto cripto-attività diverse dai token collegati ad attività o dai token di moneta elettronica, i c.d. utility tokens (Titolo II) con quelle che riguardano i token collegati ad attività, i c.d. asset-referenced tokens (Titolo III) o i token di moneta elettronica, i c.d. electronic money tokens (Titolo IV), entrambe riconducibili alla più ampia categoria delle c.d. stablecoin: mentre per i primi è previsto un regime basato, essenzialmente, su obblighi di informazione, di trasparenza e su regole comportamentali gravanti sui soggetti che intendono immettere sul mercato nuovi cripto-assets ovvero scambiare tali strumenti, per i secondi l'impianto regolamentare viene ampliato ed intensificato, mediante la previsione di ulteriori obblighi, più rigidi e stringenti che, affiancandosi a quelli generali applicabili alle offerte di qualunque tipo di cripto assets, danno vita ad un sistema disciplinare che prevede un'autorizzazione, espressa o tacita secondo le tipologie di seguito chiarite, ed un regime di controllo e di vigilanza continuativo e incisivo. Ciò dovrebbe garantire quella solida disciplina dei rischi che la stessa Strategia per la finanza digitale richiede venga attuata dai nuovi interventi regolatori sul Fintech.

Viene parallelamente previsto un sistema di vigilanza e di controlli da parte delle autorità finanziarie che, parimenti, appare proporzionato alla tipologia di asset offerto e si sviluppa da interventi limitati solo a profili meramente eventuali e comunque successivi all'offerta sul mercato, a quelli autorizzativi, necessari per poter procedere in tal senso.

Tali scelte si muovono tra opposte esigenze: quella di garantire la protezione dell'investitore, mediante la previsione di un sistema di regole e vincoli imposti agli offerenti, e quella di non appesantire eccessivamente la posizione di questi ultimi, proprio per cercare di sfruttare i profili certamente positivi di tali nuovi asset.

Su entrambi i versanti rilevati possono muoversi diverse critiche, sia per quel che riguarda i confini oggettivi – che sembrano riproporre alcune incertezze riguardo l'esatta qualificazione di un determinato assets e le regole da applicare al caso concreto, sia per quanto riguarda i presidi di protezione dell'acquirente e le modalità di intervento di controllo da parte delle autorità di vigilanza. Tuttavia, va certamente sottolineato lo sforzo delle istituzioni europee, pienamente conformi ai principi generali del mercato finanziario, basandosi su un sostanziale "avvicinamento" di queste operazioni a forme di impiego di natura finanziaria come tali soggette a specifica regolamentazione, sebbene con modalità ed in termini del tutto nuovi che tengono conto della particolarità dei beni offerti e della tecnologia utilizzata.

LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS FINANCIERAS SOBRE CUENTAS DE DEPÓSITO DE EFECTIVO: IMPLICACIONES DE PSD2 Y ENTORNOS BLOCKCHAIN

Bruno Martín Baumeister

Profesor Adjunto de Derecho Mercantil

Alberto Aguilera 23

28015 Madrid

+34 91 542 28 48

bruno.martin@comillas.edu

<https://web.comillas.edu/profesor/bruno.martin>

Resumen

Los requisitos de constitución de la garantía financiera aparecen regulados en el artículo 2.2 de la Directiva 2002/47/CE. Se entiende que una garantía ha sido válidamente aportada cuando el bien objeto de la garantía ha sido entregado, transferido, mantenido, registrado o designado de otro modo con objeto de que obre en poder o esté bajo el control del beneficiario o de la persona que actúe en su nombre. La noción de ‘control’, que parece medular para el cumplimiento del requisito de aportación, no solo adolece de cierta indefinición en la Directiva, sino que ha sido objeto de redacciones divergentes en las transposiciones nacionales. Entre las diferentes tradiciones nacionales, la doctrina y jurisprudencia británicas son las que han perfilado de manera más determinante la acepción de control que finalmente ha tenido acceso a la jurisprudencia del TJUE. De acuerdo con la concepción propuesta por BEALE, el modelo británico está basado en las nociones de control positivo y control negativo como elementos integrantes del requisito de aportación establecido en el artículo 2.2. El control positivo describe aquella situación en la que el acreedor pignoraticio puede disponer del bien pignorado y satisfacer su crédito al vencimiento de la obligación no atendida, sin que sea necesaria una autorización ulterior por parte del pignorante. Este efecto se puede lograr bien mediante la utilización del modo apropiado de constitución de la garantía –por ejemplo, el abono del importe dinerario gravado en una cuenta a nombre del acreedor pignoraticio– o bien mediante la suscripción de un acuerdo de control entre la entidad depositaria del importe dinerario, en virtud del cual la entidad depositaria se obliga a seguir las instrucciones del acreedor pignoraticio. El control negativo describe aquella situación en la que el acreedor pignoraticio puede impedir al pignorante operar o disponer del bien pignorado. En la sentencia del asunto Gray el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales, a propósito de la interpretación del considerando 10 y del artículo 2.2 de la Directiva 47/2002/CE, considera que el término ‘control’ se refiere a ‘control negativo’: la mera titularidad del acreedor pignoraticio sobre la cuenta de depósito –o el mero control administrativo de la misma– no equivaldrían a la noción de ‘control’ a los efectos de la Directiva 47/2002/CE, sino que el acreedor pignoraticio debe tener el control ‘legal’ sobre el bien pignorado, el cual implica necesariamente el derecho a impedir la disposición sobre el bien por parte del pignorante. En opinión de BEALE –citado en la sentencia del asunto Gray–, en la transposición británica el control

negativo es esencial, mientras que el control positivo es opcional . En el asunto Lehman Brothers, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales evita la utilización de los términos control positivo y negativo y establece que una garantía financiera se considera válidamente constituida en el sentido de la FCAR , si los términos de su ‘aportación’ evidencian un grado de ‘posesión’ o ‘control’ del acreedor pignoraticio sobre el bien pignorado suficiente para considerar que el pignorante ha sido ‘desposeído’ en el sentido del considerando 10 de la Directiva 47/2002/CE .

La sentencia Swedbank introduce algunas novedades que afectan a la garantía financiera en su modalidad de acuerdo de pignoración sobre efectivo depositado en una cuenta corriente formalizada de acuerdo con la Directiva 47/2002/CE y el RDL 5/2005. En primer lugar, tanto en los supuestos en los que el acreedor pignoraticio es también depositario de la cuenta en la que se encuentra ingresado el efectivo como en aquellos en los que el depositario es un tercero, parece necesario un acuerdo de control en virtud del cual el acreedor pignoraticio obtenga un control ‘legal’ que vaya más allá del mero ‘control administrativo’ de la cuenta de depósito, de modo que se garantice su derecho a impedir la retirada de efectivo por parte del pignorante en la medida que sea necesaria para asegurar el repago las obligaciones principales. En segundo lugar, el poder de disposición del pignorante sobre el saldo de la cuenta quedaría reducido a dos supuestos expresamente compatibles con la noción de control: el derecho de sustitución y –aunque el RDL 5/2005 no lo reconoce expresamente– el derecho de retirada del excedente.

La implantación de herramientas smart treasury basadas en open banking pueden contribuir a la generalización de los servicios de ‘liquidez en tiempo real’ y de gestión centralizada de cobros y pagos. Sin embargo, desde la perspectiva de una parte financiadora que no administra la tesorería del grupo, este tipo de herramientas pueden incrementar la opacidad y dificultar la supervisión del flujo de caja de la parte financiada, lo que puede incrementar el coste financiero. En el caso de las cuentas de depósito con participación de herramientas smart treasury, conviene distinguir entre la noción de ‘control’ a los efectos de la constitución de la garantía financiera en el sentido del artículo 8 del RDL 5/2005 y el poder de ‘denegación de acceso a los fondos’ de la cuenta de pago que asiste al gestor de cuenta de acuerdo con el artículo 68.5 de la PSD2. Si el acreedor pignoraticio no es gestor de cuenta, es improbable que el gestor de cuenta quiera entrar a valorar posibles supuestos de incumplimiento que dan lugar a la ejecución de la garantía o solicitudes de garantía complementaria, por lo que parece recomendable formalizar acuerdos de control adicionales a la garantía financiera en los que actúen como partes contratantes el pignorante, el acreedor pignoraticio, el gestor de cuenta y la entidad TPP.

A día de hoy solo tienen consideración de ‘cuentas de pago’ las cuentas de depósito administradas por entidades de crédito, que son las únicas que permiten almacenar efectivo, lo que excluye los interfaces y cuentas puente de las entidades TPP previstas en la PSD2. Con respecto a las cuentas virtuales blockchain que puedan llegar a existir en el futuro, la implantación de un sistema de pagos sin intermediarios, en particular la creación del Euro digital basado en tecnología DLT como medio de pago, tal y como ha anunciado el Banco Central Europeo en julio de 2021 puede disminuir el atractivo de las cuentas corrientes bancarias como objeto de constitución de una garantía financiera

y plantea la necesidad de extender el ámbito de aplicación del régimen de garantías financieras al entorno DLT, posiblemente mediante la regulación de un smart contract específico.

Bibliografía

H. Beale, M. Bridge, L. Gullifer y E. Lomnicka, *The Law of Personal Property Security*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

Á. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M. J. Marín López, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3ª edición, tomo II, Cizur Menor: Aranzadi, 2015.

A. Colangelo, «The statistical classification of cash pooling activities», *Statistics Paper Series*, European Central Bank, nº 16, 2016.

K. Lyczkowska, *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Civitas, 2013.

G. Yeowart y R. Parsons, *Yeowart and Parsons on the Law of Financial Collateral*, Cheltenham: Elgar Financial Law and Practice, 2016, p. 171.

COBERTURA DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS POR LA PARALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL QUE SUPUSO EL ESTADO DE ALARMA EN NUESTRO PAÍS. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE.

Juan Pablo Rodríguez Delgado

Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid

La cobertura de pérdida de negocio por causa de la paralización de la actividad comercial que supuso el Estado de Alarma en nuestro país ha sido objeto de, al menos, dos sentencias recientes de la Audiencia Provincial de Girona y una de un Juzgado de Primera Instancia de Granada. En los dos primeros fallos, la Audiencia Provincial de Girona condenó a la aseguradora a indemnizar a ambos negocios por las pérdidas sufridas durante el primer mes de confinamiento debido al Estado de Alarma que tuvimos en España entre los meses de marzo y mayo de 2020. La sentencia del JPI estima totalmente la demanda interpuesta por el asegurado y condena a la aseguradora.

En la comunicación que se propone se pretenden abordar, por un lado, el concepto de pérdida de negocio por causa de la paralización de la actividad comercial y su cobertura en los contratos de seguros; y por otro, si las cláusulas que ofrecen garantía adicional para los supuestos de lucro cesante o pérdida de negocio, y en concreto sus exclusiones, deben ser calificadas como cláusulas que limitan los derechos del asegurado o, por el contrario, nos encontramos ante cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto. Todo ello a la luz de la reciente jurisprudencia sobre este particular.

NOVEDADES EN EL CONTROL DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LA EJECUCIÓN A UN EMPRESARIO

Julio Pernas Ramírez

Abogado
Profesor Asociado en el Departamento de Mercantil
Universidad de Córdoba

RESUMEN

Se trata de analizar las últimas reformas legislativas, —señaladamente la Ley de Regulación del Crédito Inmobiliario—, jurisprudencia y doctrina de las Audiencias Provinciales para conocer cuál es el estado de la cuestión del control del vencimiento anticipado en la ejecución a un empresario, distinguiendo la ejecución ordinaria de la hipotecaria

1.- UN POCO DE HISTORIA

En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 resultaba evidente en el Juicio Ejecutivo el carácter de presupuesto procesal del vencimiento de la obligación estableciéndose en el artículo 1.435 que “(s)ólo podrá despacharse ejecución: 1.º Por cantidad líquida en dinero en efectivo, que exceda de 250 pesetas; 2.º Por cantidad líquida en especie, computándola a los otros siempre que su valor exceda de 250 pesetas. En ambos casos, será preciso que haya vencido el plazo de la obligación” Estableciendo el artículo 1467 una suerte de oposición por motivos procesales que incluía “podrá pedirse igualmente que se declare nulo el juicio: 2.º Cuando el título no tuviere fuerza ejecutiva, ya por defectos extrínsecos, ya por no haber vencido el plazo o no ser exigible la cantidad, o ésta ilíquida.” Y en cuanto al control de oficio estableciendo en el artículo 1.440 que “(e)l Juez, examinando los documentos presentados con la demanda, despachará la ejecución si el título no conviniere algunos de los defectos que mencionan los párrafos primero y segundo del artículo 1.467. En otro caso, la denegará sin prestar nunca audiencia al demandado.”

En la Ley hipotecaria 131 LH se exigían los requisitos de “la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito”. Estando el acreedor “sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogare al deudor o terceros interesados por malicia en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento”.

2.- CONTROL DE OFICIO DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO A UN EMPRESARIO DEMANDADO DE EJECUCIÓN

Aunque los artículos 520 y 571 de la vigente LEC solo exigen el requisito de la liquidez de la deuda (que sea dineraria, esté determinada y sea superior a 300 euros) lo cierto es que implícitamente exigen el previo requisito del vencimiento. Así lo entiende la mayoría de la doctrina.

Tampoco parece caber duda de que este verdadero requisito de procedibilidad es exigible también en la ejecución hipotecaria, es decir la especial que se dirige directamente contra los bienes hipotecados o pignorados.

En la ejecución ordinaria el control de este presupuesto procesal debe ser a través del auto del Juez, que denegará en su caso ejecución, artículo 551 LEC, en concreto fundado en que “los actos de ejecución que se solicitan no son conformes con la naturaleza y contenido del título” según lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias 462 y 463 de 28 de noviembre de 2014 (RJ 2014/5985 y RJ 2014/6052).

En la ejecución especial o directa hipotecaria por aplicación de las reglas de la ejecución ordinaria en el artículo 681.1 y en particular por la reforma por la LRCI del 693.2 de LEC, que ahora dice:

«2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria.»

Esta nueva redacción del artículo confirma la posición doctrinal y jurisprudencial previa no solo de la validez de los pactos de vencimiento anticipado por causa distinta del impago, de forma que el artículo 1255 se impone sobre el 1129 del CC, sino que estos pactos permiten igualmente acudir al acreedor hipotecario a la ejecución directa o especial. Se refuerza así el argumento legal que ya suponía el artículo 12 de la LH al tratar de la calificación.

Ya mencionaban la justificación de este control, vinculándolo a la antigua redacción del artículo 131 de la LH, RIVERA FERNÁNDEZ, MONTERO AROCA y ADÁN DOMÉNECH. Siendo unánime la posición actual de las Audiencias Provinciales en el sentido de que el artículo 693.2 establece un requisito de procedibilidad controlable de oficio.

Ahora bien, sorprende la pobreza de la reforma legal realizada por la LRCI, que no ha sido aprovechada para aclarar este aspecto y, sobre todo, para resolver el problema fundamental en este campo: el alcance del control de oficio. Empezando por lo más sencillo queda claro que en la ejecución hipotecaria debe acreditarse en la demanda y en particular con justificación en los documentos que la acompañan que el pacto de

vencimiento anticipado que funda la ejecución consta inscrito en el Registro de la Propiedad.

Pero quitando este reconocido requisito de procedibilidad, todo lo demás son dudas respecto del alcance del control de oficio del vencimiento anticipado, y, en particular, si este ámbito es diferente en la ejecución especial que en la ordinaria. El argumento sería la diferente redacción del artículo 564 LEC del artículo 698 LEC que dice: “1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo.”

Finalmente haremos referencia al control de oficio a posteriori, a través de la declaración de nulidad de actuaciones.

3.- CONTROL A INSTANCIA DEL EMPRESARIO DEMANDADO DE EJECUCIÓN

Hasta cuatro preguntas esenciales se plantean aquí, sin perjuicio de su interconexión: cuándo, cómo, con qué alcance y con qué efectos si no lo hace, puede el empresario que es demandado de ejecución oponerse a esta porque entiende que el vencimiento anticipado que ha fundado la ejecución no se corresponde con lo establecido en el título ejecutivo, o correspondiéndose el pacto es nulo o el ejercicio de esa facultad contractual lo ha sido en abuso de derecho.

Además intentaremos distinguir, nuevamente, entre la ejecución ordinaria y la ejecución especial.

En cuanto a las preguntas de cuándo y cómo la primera conclusión es que el encaje más apropiado en la ejecución ordinaria es la oposición por motivos procesales del artículo 559.1.3ª por no cumplir el título con el requisito procesal expresado. Esta es la posición defendida por el Tribunal Supremo.

En cuanto a la ejecución especial o directa contra los bienes hipotecados, en este punto carecemos por el momento de jurisprudencia, o aun de pronunciamiento alguno, del Tribunal Supremo y tampoco es del todo clara la posición de las Audiencias Provinciales.

Si es relevante señalar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 39/2015, sección 1, de 2 de marzo (rec. 4219/2012) consideró que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial al impedirse por el Juzgado que en sede de ejecución hipotecaria los ejecutados pudieran hacer valer como motivos de oposición a la ejecución motivos procesales relacionados con cuestiones apreciables de oficio por el Juez y que debían valorarse por el mismo antes de autorizar el despacho de la ejecución, indicando: "En el presente caso, sin embargo, la decisión del órgano judicial de no resolver la cuestión procesal planteada por los ejecutados se refiere a un óbice apreciable de oficio por el juez, que afecta a la procedencia misma del procedimiento de ejecución hipotecaria, lo

que debería justificar en el presente caso que el órgano judicial hubiera dado respuesta a la alegación de la parte de improcedencia del procedimiento especial.

En estas condiciones, la negativa judicial a examinar una cuestión que debería constituir una premisa lógica en el proceso racional de formación de la decisión, remitiendo a la parte demandante a un proceso posterior, resulta a todas luces desproporcionada, por excesivamente formalista, e incompatible con el derecho fundamental invocado. Lo que planteó el demandante de amparo en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, fue el incumplimiento de un requisito procesal derivado del propio título de ejecución y apreciable de oficio por el órgano judicial, argumento suficiente para que hubiera sido resuelto en el seno del incidente de oposición, a pesar de no estar previsto así expresamente por la norma (como, por cierto, también ha sido mantenido recientemente por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la reciente Sentencia núm. 462/2014, de 24 de noviembre, fundamento de derecho sexto, relativa a una ejecución de título no judicial). La decisión de no entrar en la cuestión, remitiendo al declarativo posterior para su resolución, no es, por excesivamente formalista, conforme con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tratándose además de una alegación de fácil comprobación por parte del órgano judicial, que debió favorecer así una respuesta rápida y compatible con la economía procesal que la sostenida por la resolución impugnada." Criterio que se ha mantenido en la posterior STC, sección 3, nº 49 del 14 de marzo de 2016 (rec. 878/2014).