



Posicionamiento sobre el Art. 136.4 de la Ley de Distribución.

En el presente informe procedemos a defender el posicionamiento de E2K en relación a la previsión del artículo 136.4 de la Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros residentes y domiciliados en España, que transpone la IDD.

Versión 1 06/02/2020

Posicionamiento de E2K Global Business Solutions, S.A. sobre la previsión del artículo 136.4 de la Ley de Distribución de Seguros.

En el presente informe procedemos a defender el posicionamiento de E2K en relación a la previsión del artículo 136.4 de la Ley de Distribución de Seguros y Reaseguros residentes y domiciliados en España, que transpone la IDD.

En relación con el artículo 136.4.

La Ley prevé la siguiente redacción:

“4. El mediador de seguros deberá acreditar que los fondos pertenecientes a clientes son transferidos a través de cuentas de clientes completamente separadas del resto de recursos económicos del mediador, en las que únicamente se gestionen recursos económicos de aquéllos. “

Su origen está en el artículo 10.6 de la Directiva 2016/97, cuyo tenor es:

“6. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para proteger a los clientes frente a la incapacidad del intermediario de seguros, reaseguros o seguros complementarios para transferir la prima a la empresa de seguros o para transferir la cantidad de la indemnización o el reembolso de la prima al asegurado. Dichas medidas adoptarán una o varias de las formas siguientes:

a) disposiciones establecidas por ley o mediante contrato y con arreglo a las cuales los importes abonados por el cliente al intermediario se considerarán abonados a la empresa, mientras que los importes abonados por la empresa al intermediario no se considerarán abonados al cliente hasta que este los reciba efectivamente;

b) el requisito de que el intermediario dispongan de una capacidad financiera que deberá en todo momento ascender al 4 % del total de las primas anuales percibidas, sin que pueda ser inferior a 18 750 EUR;

c) el requisito de que los fondos pertenecientes a clientes sean transferidos a través de cuentas de clientes completamente separadas y de que los importes consignados en dichas cuentas no se utilicen para reembolsar a otros acreedores en caso de quiebra;

d) el requisito de establecer un fondo de garantía.”

En todo caso, la interpretación del artículo de la Ley de Distribución de Seguros (LDS) puede dar lugar a equívocos, en especial en lo que hace al concepto de cuenta separadas. **Desde nuestro punto de vista, el concepto de cuentas separadas ha de entenderse desde el punto de vista contable y no desde el punto de vista físico o, incluso, bancario.** Varias son las razones que nos llevan a esta conclusión:

- 1) En primer lugar, **las normas jurídicas deben ser interpretadas**, como criterio principal, **conforme a la literalidad de sus palabras** (artículo 3 CC). Y la expresión utilizada - *“cuentas de clientes completamente separadas”*, no hace distinciones y, por lo tanto, y en el mejor – o peor – de los casos, admitiría cualquiera de las posibilidades. Lo que, en todo caso, no podría afirmarse es que se trate de cuentas bancarias porque no lo dice así el legislador.
- 2) En segundo lugar, y siguiendo los criterios interpretativos del propio artículo 3 del Código Civil, la única interpretación posible es la que se sostiene por esta parte. En efecto, **ninguna cuenta bancaria que pudiera contratar el corredor sería “de cliente”, si no, al contrario, de aquél.** Y ello con independencia de que el dinero que pudiera figurar en esa cuenta bancaria lo fuese en concepto de depósito (art. 136.3 de la LDS). Por el contrario, el plan general contable si contempla las cuentas de clientes (número 430), por lo que la previsión legal tendría pleno sentido y efectividad. Quizás se plantease que el corredor pudiera ser apoderado por el cliente y, en su nombre, proceder a la apertura de la cuenta, que gestionaría en tal condición. Ello, sin embargo, partiría de un supuesto que no existe en el tráfico mercantil asegurador ya que es excepcional, por no decir inexistente, el caso de un tomador de seguro que apodere – stricto sensu - a un corredor no ya en este sentido, sino en cualquier otro, sin que la designación que pudiera realizarse al amparo del artículo 29.2 LM pueda considerarse suficiente a estos efectos (conforme al artículo 1.280.5º CC el poder para administrar bienes ha de constar en documento público, que sólo es el otorgado ante Notario o Funcionario Público competente (art. 1.216 CC), por lo que sería necesario que el Tomador y el Corredor concurrieran en la oficina bancaria para la apertura de la cuenta, o ante un Notario para efectuar el apoderamiento, lo que, no sólo es contrario a las actuales exigencias del mercado, sino a toda lógica).

- 3) En tercer lugar, hay que poner en relación el texto del artículo con los tres principios que la Ley 26/2006 propugnaba: proporcionalidad, eficiencia y transparencia – principio éste que la LDS atribuye a la Ley 26/2006, de Mediación (ya derogada), pero que dice mejorar -. Y ha de convenirse que la interpretación que se propone cumple con todos ellos ya que no se establecería una obligación desproporcionada – incluso podríamos decir: de imposible cumplimiento -, sería eficaz y estaría dotada de la transparencia que es, en el fondo, un atributo de la ordenada contabilidad. Por el contrario, otras interpretaciones impondría una carga de trabajo que, en modo alguno, quedaría justificada. Piénsese en un corredor de seguros con 5.000 clientes, que tuviera que gestionar una cuenta bancaria por cada uno de ellos.

Ha de considerarse, además, que el hecho de que fueran cuentas bancarias separadas – ya fuera una o varias – no protegería al cliente en el caso de insolvencia del corredor, toda vez que la presunción, al ser cuentas de las que es titular, es que los fondos son de su propiedad. **Tendría que acudir a su contabilidad para demostrar el carácter de depósito que tienen esos fondos y evitar su embargo o ejecución.** Pero, para llegar a esa conclusión – acudir a la contabilidad – parece más razonable suprimir el paso intermedio. A la anterior conclusión nos lleva, de un lado, la propia redacción de la Ley Concursal (Ley 22/2003), cuyo artículo 79, al tratar sobre las cuentas indistintas como parte de la masa activa del concurso, establece lo siguiente: *“1. Los saldos acreedores de cuentas en las que el concursado figure como titular indistinto se integrarán en la masa activa, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal. 2. Contra la decisión que se adopte podrá plantearse incidente concursal. “Si ello es así en el caso de una cuenta indistinta, con más razón lo será en el caso de una cuenta de su titularidad con lo que, como se viene argumentando, sería necesaria una prueba suficiente para desvirtuar lo que, en el fondo, es una presunción iuris tantum. Pero a la misma conclusión nos lleva la jurisprudencia fuera del caso del concurso. En efecto, si trasladamos al supuesto de una cuenta cuya titularidad corresponda al corredor, pero sus fondos correspondan al tomador, la ya consolidada sobre las cuentas indistintas, el principio es que habría que probar la procedencia de los fondos para determinar la real titularidad, pero, obviamente, esto se realizaría en el curso del procedimiento judicial ya que, como establece la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018 : “Tales depósitos indistintos no suponen por ello comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a cuanto dispongan los tribunales sobre su propiedad “,* doctrina que, aunque procedente de supuesto de Derecho de Familia y referida a cuentas indistintas es

aplicable a nuestro y que nos remite, de nuevo, al problema inicial de este apartado.

De hecho, incluso aunque se llegara a una situación de cuentas indistintas, a nombre del corredor y del tomador, seguiríamos estando en el supuesto del artículo 79 LC, o de la jurisprudencia ya comentada. Y ello admitiendo como posible lo que no es tal: que el corredor de seguros y el tomador, en cada uno de los casos, acudieran a la entidad bancaria de la mano a abrir esa cuenta, cuya gestión realizaría de forma exclusiva aquél.

Quedaría por considerar si cuando el legislador habla de “cuentas de clientes” pretende una por cada uno de ellos o una genérica que los englobe. En este sentido, la única interpretación razonables es acudir a las normas del plan general contable y a sus especificidades en este ámbito, y mantener, ya que la LDS no pretende su modificación – al menos nada se dice en las disposiciones finales -, lo que sea una práctica admitida.

No obstante, todo lo expuesto y partiendo de que esta entidad considera que la interpretación correcta es relativa a las cuentas contables, entiende también que nada impide que se sigan utilizando otros sistemas, siempre y cuando responda a la legalidad y en especial a la normativa contable.

Las declaraciones que anteceden constituyen la posición de **E2K Global Business Solutions, S.A.** en esta materia.

A 06 de febrero de 2020