

| LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOBREVENIDA

1. La libre prestación de servicios en el ámbito del seguro

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al definir el concepto de libre prestación de servicios (“LPS”) en su artículo 56, se centra en el prestador de servicios, no en el destinatario de los mismos, al señalar que *“quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”*. Es esta una acertada aproximación a la cuestión en una Unión Europea caracterizada por la libre circulación de personas y capitales, al menos antes de los preocupantes tiempos del Covid-19, ya que resulta más fácil regular la cuestión desde el punto de vista del prestador, más estático, que de los más numerosos destinatarios-clientes, que pueden cambiar de residencia más de una vez y con relativa frecuencia.

Esta idea se trasladó correctamente a las Directivas de Coordinación del Seguro, que ya en su tercera generación, de 1992, y en un mundo totalmente distinto al que hoy existe (con comunicaciones a lo sumo postales y vocales, no digitales, y ni mucho menos con el grado de sofisticación que hoy experimentamos), apostaban porque el prestador recibiera *“una única autorización administrativa, concedida por las autoridades del Estado miembro en el que la empresa de seguros tenga su domicilio social; que dicha autorización permitirá a la empresa ejercer su actividad en toda la Comunidad, en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios”* (cfr. Considerando 6 de las Terceras Directivas de Coordinación de seguros distintos del de vida y de vida, que se refrenda en su artículo 7 respectivo *“la autorización será válida para toda la Comunidad”*).

Es decir, el sistema comunitario o, en terminología actual, de la Unión, se basaba en una única comunicación, que de forma global convertía al asegurador de servicios-prestador, en una entidad operativa en toda la Unión Europea, no sólo en su Estado miembro de origen o en otro u otros de ellos.

2. Evolución práctica y cuestiones que se han ido planteando

El sistema, sin embargo, se adulteró desde un principio prácticamente por todos los reguladores de seguros, en aras a un control prudencial del mercado, apostándose porque las comunicaciones que se hicieran a la autoridad de control del Estado miembro de origen para solicitar la operación en LPS, identificasen con precisión el Estado o Estados dónde se deseara llevar a cabo tal operación. Así fue el caso español, mediante una resolución -hoy desaparecida de la web de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones “DGSFP”- que demandaba que el asegurador solicitante plantease una solicitud por Estado miembro de destino de los servicios que se propusiera prestar. Hoy, de hecho, el procedimiento fijado por el regulador está

pensando ciertamente en una comunicación individualizada y referida a un país concreto, al exigir *“la traducción jurada a la lengua oficial del Estado miembro en el que la entidad aseguradora se proponga ejercer la actividad en régimen de libre prestación de servicios”* (cfr. procedimiento telemático TEL195 de la sede electrónica de la DGSP, *“Solicitud para operar en libre prestación de servicios”*).

Esa deformación se asentó incluso en los Protocolos de coordinación entre reguladores. Así, en la vigente Decisión de EIOPA sobre la colaboración entre las mismas, de enero de 2017, el sistema dista mucho de ser una única comunicación de operaciones en toda la Unión al regulador del Estado miembro de origen, para plantearse un régimen de colaboración e información que genera rigidez en el sistema (y donde desde luego no parece contemplarse una autorización general de operaciones, sino un procedimiento país por país).

El sistema, no puesto en tela de juicio por Bruselas, ha funcionado razonablemente más allá del clásico debate sobre la distinción de operaciones en LPS de operaciones en derecho de establecimiento, en lo que viene conociéndose como *“la zona gris”* (al respecto, vid. la Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre libre prestación de servicios e interés general en el sector de seguros -2000/C 43/03-). Pero choca con la realidad de una situación común en los seguros de personas pre-Covid-19 -y que presumiblemente volverá cuando se vayan restableciendo niveles de desplazamientos y cambios de residencia dentro de la Unión, una vez la pandemia termine por remitir y ser vencida-, así como en los seguros de asistencia en viaje e incluso muchos tipos de seguros de daños, donde el asegurador, sin necesidad de estar pensando en operar en LPS en ciertos países, puede encontrarse asegurando riesgos en jurisdicciones que nunca tuvo en mente, al menos comercialmente. Y lo que es peor, frecuentemente sin saberlo.

El sistema de las Directivas de Coordinación del Seguro nunca pretendió que el destinatario-cliente tuviera obligación de comunicar cambios de residencia o incluso desplazamientos temporales, y de esa manera se termina produciendo una incongruencia: pese a ser titular de una licencia aparentemente extensiva a toda la Unión Europea, un asegurador puede no haber realizado la comunicación preceptiva, país por país, de todas sus operaciones en LPS, simplemente por desconocerlas. Más aún: todo el sistema de la LPS se fundamenta en las Normas de Interés General que todo asegurador operando en LPS debe cumplir en el Estado miembro donde esté prestando el servicio; EIOPA lista todas y cada una de ellas (en el caso español, por ejemplo, de fecha 20 de julio de 2016, para aseguradoras), recordando que conforme al artículo 155 de la Directiva de Solvencia II, *“si las autoridades de supervisión de un Estado miembro de acogida comprueban que una empresa de seguros que tiene una sucursal o que opera en régimen de libre prestación de servicios en su territorio no respeta las disposiciones legales de este Estado miembro que le sean aplicables, dichas autoridades instarán a dicha empresa de seguros a que ponga fin a esta situación”*. Pues bien, cuestiones capitales como ley aplicable al contrato, obligaciones administrativas en materia tributaria, incluso operaciones prohibidas para aseguradores de reducida dimensión, etc., pueden estar afectando a aseguradores que experimentan esta suerte de LPS sobrevenida.

3. Conclusión

¿Significa esto que, en la práctica, la mayoría de aseguradoras están, sin saberlo, infringiendo el marco normativo de la LPS? La respuesta es forzosamente no. Empezando por la infracción, si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, parece extrapolable el punto de vista que el Abogado General ha recordado en todo planteamiento sobre el concepto de establecimiento y su alcance (por ejemplo, caso Google España y Google, C-131/12, EU:C:2014:317). Es decir, que ha de atenderse a la estabilidad de las operaciones y el ejercicio efectivo de las actividades en otros Estados miembros a la hora de determinar si estamos o no ante una presencia en otro Estado. De la misma forma, no puede reprocharse a una aseguradora, que desconocía que el asegurado había cambiado de residencia, que no realizase la preceptiva comunicación a su regulador sobre sus operaciones en LPS en otro Estado, o que no estuviera cumpliendo las Normas de Interés General que le resultasen de aplicación.

Sin embargo, la cuestión puede generar problemas colaterales insalvables, más allá de las Normas de Interés General. Por ejemplo, la existencia de riesgos en otros Estados miembros que no se tenían a la vista puede suponer dificultades de gran calado práctico en la determinación de una cartera, para el caso de operaciones de cesión de la misma o incluso de discontinuación de las operaciones en ciertos ramos, o en un proceso concursal que afecte a una aseguradora.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al que nos referíamos al comienzo de esta Nota no proporciona una solución, puesto que, aunque reconoce que la LPS entra en juego sólo en defecto del derecho de establecimiento, no fija una regla de “umbral” a partir del cual un asegurador puede considerarse verdaderamente en LPS sobrevenida en otro Estado miembro. Y esa regla de umbral es necesaria, en buena lógica, para responder a cuestiones como (i) si un proceso de cesión de cartera ha de llevarse a cabo, con todos sus complejos trámites, en casos dónde únicamente un puñado de personas esté residiendo en otro Estado miembro; o (ii) si una compañía ha de verse forzada a introducir condicionados sometidos a otros ordenamientos jurídicos y lenguajes simplemente porque una persona se traslada a otro Estado. Aunque, en teoría, la respuesta a estas cuestiones sería afirmativa, en la práctica todo depende del punto de vista del regulador, que puede ser más o menos dúctil a la hora de recordar que esta no era la LPS que se pensó por el legislador europeo en los Tratados.

Esta Nota ha sido elaborada **Joaquín Ruiz Echauri**, Socio de la práctica de Seguros y Reaseguros.

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 15 de octubre de 2020 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información,
pueden ponerse en contacto con:

Joaquín Ruiz Echauri
Socio Seguros y Reaseguros
jruiz-echauri@perezllorca.com
T: + 34 91 432 51 58