

El tomador impropio

1. Qué debe entenderse por tomador impropio

Le llamamos impropio a falta de un apelativo mejor, porque el artículo 7 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) alude a la contratación del seguro por cuenta propia o ajena, y a la postre la definición de “impropio” en el Diccionario de la RAE dice que es impropio aquel que es ajeno a una persona, cosa o circunstancia, o extraño a ellas. Y así, el tomador impropio es ajeno y extraño. La nota LC4 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP) habla de él, al precisar que es una persona jurídica que contrata por cuenta ajena, siendo el asegurado un colectivo delimitado por una característica común a todos ellos, como trabajadores de una empresa, miembros de un colegio profesional, o clientes de una entidad financiera, siguiendo tres ejemplos posibles, y apuntándose que lo que le preocupa al regulador es que no sea de los del tomador, sino de los fondos del asegurado de dónde sale la prima que es abonada al asegurador, lo que convierte a los asegurados en *dominus negotii*.

En el intento de reforma de 2008 de la LCS, la figura fue analizada en abril de 2006 por uno de los grupos de trabajo integrados por distintos representantes sectoriales, sin que se pudiera alcanzar “una posición definitiva” respecto a cómo regularlo. Y es que suprimirlo sería una herida mortal al negocio de seguros colectivos de empresas más allá de la exteriorización de compromisos, por citar algo obvio, e iría en contra del interés del Sector al cerrar el acceso a potenciales canteras de clientes que sin el concurso de un tomador colectivo no serían abordables a gran escala. El caso es que cómo la figura no encuentra perfecto acomodo, y como quiera que la LC4 alude vagamente a que, en casos de tomador impropio, tampoco corresponde a éste “el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato”, el tomador impropio entra en colisión con el cumplimiento de ciertas normas. ¿Puede el tomador impropio denunciar el contrato con el debido preaviso según prevé la LCS o requiere el consentimiento de cada asegurado, verdaderos dueños del negocio? ¿Se suman o no las primas individuales a efectos de cumplimiento de normativa de blanqueo de capitales? Al menos, es de agradecer, UNESPA considera al colectivo de “dueños del negocio” como si fueran cliente de un corredor a efectos de utilización de sus datos de carácter personal en la correspondiente Guía de Buenas Prácticas.

2. ¿Está prohibido ser tomador impropio?

Un error muy común es entender que la figura del tomador impropio está prohibida. Esta idea parte del hecho de que la DGSFP se ha expresado en términos críticos respecto al mismo, pero lo cierto es que ese centro director, ni a través de la nota LC4 ni los Criterios del Servicio de Mediadores de Seguros que han abordado la materia, la ha prohibido, y es que carece de capacidad para prohibirla en términos generales, algo que tendría que ser llevado a cabo promoviendo una reforma legislativa específica. Como señala el artículo 7.1.c) del Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, la DGSFP tiene competencias para contestar “las consultas formuladas en materia de seguros y reaseguros privados, distribución de seguros y reaseguros, y planes y fondos de pensiones”, pero no una atribución prohibitiva general ligada al criterio que expresa en tales respuestas a consultas (que, por otra parte, han dejado de publicarse con carácter general, lo que genera además una inseguridad jurídica de primer orden en el administrado, que desconoce la forma de pensar de la DGSFP en tales o cuales materias), lo que es claramente razonable por ser la DGSFP una proyección del poder ejecutivo, no legislativo.

The improper policyholder

1. What is to be understood by an improper policyholder?

We call it improper for lack of a better name, because Article 7 of Law 50/1980, of 8 October, on Insurance Contracts (LCS), refers to the contracting of insurance on one’s own account or on behalf of others. The RAE Dictionary defines “improper” as someone or something alien to a person, thing or circumstance, or unknown to them. And so, the improper policyholder is alien and unknown. Note LC4 of the Directorate General of Insurance and Pension Funds (DGSFP) refers to it, specifying that it is a legal entity that contracts on behalf of others, in circumstances where the insured is a group defined by a common characteristic, such as employees of a company, members of a professional association, or clients of a financial institution, using three possible examples, and noting that the regulator’s concern is that the premium paid to the insurer does not come from the policyholder, but rather from the insured’s funds. This turns the insured into *dominus negotii*.

In the 2008 attempt to reform the LCS, the concept of the improper policyholder was analysed in April 2006 by one of the working groups made up of different sectoral representatives. The group could not reach “a definitive position” on how to regulate it. Its abolition would be fatal to the group insurance business of companies apart from the outsourcing of commitments, to cite the obvious, and would run counter to the sector’s interests by blocking access to potential pools of customers that would not be accessible on a large scale without the assistance of a group policyholder. Since the improper policyholder does not fit perfectly, and since the LC4 vaguely alludes to the fact that, in cases of an improper policyholder, the latter is not responsible for “the fulfilment of the obligations arising from the contract”, the improper policyholder clashes with the fulfilment of certain rules. Can the improper policyholder repudiate the contract with due notice as provided for in the LCS or does it require the consent of each insured, the true owners of the business? Are individual premiums added together for money laundering compliance purposes or not? At least, we should be grateful that UNESPA treats the group of “business owners” as if they were clients of a broker for the purpose of using their personal data in the corresponding Good Practice Guide.

2. Is being an improper policyholder prohibited?

A common misunderstanding is that the improper policyholder is prohibited. This assumption is based on the DGSFP’s criticism of it, but the reality is that the DGSFP has not prohibited it, through either the LC4 note or the Criteria of the Insurance Mediators Service that have dealt with the matter, and it cannot prohibit it in general terms; this would have to be carried out through a specific legislative reform. As stated in Article 7.1.c) of Royal Decree 403/2020 of 25 February, which establishes the basic organisational structure of the Ministry of Economic Affairs and Digital Transformation, the DGSFP has the power to answer “queries raised in matters of private insurance and reinsurance, insurance and reinsurance distribution, and pension plans and funds”, but does not have the power to impose a general prohibition linked to the criteria it provides in the replies to these queries (which, moreover, are generally no longer published, which also generates significant legal uncertainty for the public, who are unaware of the DGSFP’s way of thinking on such matters). This is clearly reasonable, as the DGSFP is part of the executive and not the legislative branch.

Pero lo cierto es que la figura no gusta. Que un tomador sea al mismo tiempo distribuidor nunca fue aceptable para la DGSFP en sus consultas sobre la derogada Ley de Mediación de 2006. No valió para una empresa de transportes, una federación de cazadores ni tampoco para una compañía aérea o una agencia de viajes, si recordamos alguna de esas consultas. En materia de disgusto, sin embargo, parece un patrón común en esas consultas que la figura del tomador impropio “puro”, es decir, el que no es a la vez mediador, posición que se define precisamente por el hecho de no recibir ninguna retribución por ese rol (y retribución no debe confundirse con conseguir un mejor precio de la prima para el colectivo asegurado por mero peso del volumen de clientela aportada), no resultaba del todo indeseable para la DGSFP.

3. El impacto de una inminente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este debate

Es el tomador impropio que percibe algo por esa posición el que se sitúa en una zona roja, a los ojos de la DGSFP, aunque eso puede cambiar en un futuro más o menos cercano. Concretamente, debido a una cuestión prejudicial que ha sido planteada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por un tribunal alemán, en el caso *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. vs TC Medical Air Ambulance Agency GmbH*. En dicho supuesto, se plantea al Tribunal si una empresa que concierta para sus clientes un seguro colectivo por el que se les cubren gastos de enfermedad, accidente y de retorno al domicilio en viajes nacionales e internacionales, percibiendo una remuneración por cada cliente que se adhiere a la póliza (no es obligatoria), es o no es un intermediario de seguros.

El 22 de marzo de 2022 se conoció la posición del Abogado General ante el TJUE sobre este interesante caso. Para el Abogado General, el punto central en el asunto enjuiciado “se circunscribe fundamentalmente a la cuestión de si, en el caso de un seguro de grupo, el hecho de considerar al organizador del grupo como un «tomador del seguro» a la luz de la calificación adoptada con arreglo a las disposiciones aplicables del Derecho nacional de seguros excluye la posibilidad de considerar a dicho organizador del grupo como «intermediario de seguros» en el sentido de ambas Directivas”. El razonamiento que sigue valora hasta qué punto el intermediario de seguro debe ser “una persona externa («un tercero») respecto del contrato de seguro”, cuestión sobre la que (acertadamente), el Abogado General señala que “no parece que deban equipararse automáticamente los conceptos de «cliente» y de «tomador del seguro» y, sobre esta base, excluir en cualquier caso a la persona calificada por el Derecho nacional de seguros como «tomador del seguro» del círculo de personas que pueden ser «intermediario de seguros»”.

Reconociendo el Abogado General que la cuestión no está resuelta en la Directiva 2016/97, de 20 de enero de 2016, de Distribución de Seguros (DDS), que no define qué ha de entenderse por “seguros de grupo” ni por “cliente”, su razonamiento diferencia entre seguros de grupo de adhesión obligatoria y voluntaria, para concluir que en los primeros es perfectamente lógico que el organizador del grupo actúe como tomador, mientras que en los segundos los verdaderos tomadores serían los adherentes/asegurados, todo ello con las debidas cautelas, dado que estamos ante una materia no regulada por el Derecho de la Unión Europea y que debe ser examinada a la luz de “las normas del Derecho nacional de seguros”.

En su posición final, el Abogado General concluye que esa empresa sí debería ser considerada como intermediario de seguros a los efectos de la DDS, pero añadiendo que “no se opone a tal calificación el hecho de que tal persona sea considerada «tomador del seguro» con arreglo a las disposiciones nacionales del Derecho de seguros”. En suma, el tomador impropio puede ser a la vez distribuidor y tomador del seguro colectivo, si bien esta segunda cuestión no es objeto de regulación por el Derecho de la Unión Europea, sino una materia reglada por la normativa interna de los Estados miembros.

But the truth is that the idea of the improper policyholder is disliked. In its consultations on the repealed Mediation Law of 2006, the DGSFP did not accept that a policyholder could be a distributor at the same time. It was not acceptable for a transport company, a hunting federation or even for an airline or a travel agency if we remember any of those consultations. In terms of unpleasantness, however, it seems a common pattern in these consultations that the concept of the “pure” improper policyholder, i.e., one who is not at the same time an intermediary, a concept defined precisely by the fact that he does not receive any remuneration for this role (and remuneration should not be confused with obtaining a better premium price for the insured group by the mere weight of the volume of customers provided), was not entirely undesirable for the DGSFP.

3. The impact of an imminent judgment of the Court of Justice of the European Union¹ on this debate

The improper policyholder, who receives something for that position, is in a danger zone in the eyes of the DGSFP, although that may change in the short to medium term. In *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. v TC Medical Air Ambulance Agency GmbH*, a German court referred a question to the Court of Justice of the European Union (CJEU) for a preliminary ruling. The Court was asked whether a company that arranged group insurance for its customers to cover illness, accidents and repatriation expenses on national and international trips, and which received remuneration for each customer who took out the policy (it was not compulsory), was an insurance intermediary or not.

On 22 March 2022, the Advocate General issued an opinion on this interesting case. For the Advocate General, the central point in the case at issue “concerns the question whether, in the case of group insurance, the consideration of the group organiser as an «insurance policyholder» in view of the classification adopted under the applicable provisions of national insurance law precludes the possibility of considering that group organiser as an «insurance intermediary» within the meaning of the two Directives”. The following reasoning assesses the extent to which the insurance intermediary must be “an external person («a third-party») to the insurance contract”, a question on which the Advocate General (rightly) stated that “it does not appear that the concepts of «customer» and «insurance policyholder» should automatically be equated and, on that basis, the person described by national insurance law as an «insurance policyholder» should, in any event, be excluded from the circle of persons who may be «insurance intermediaries»”.

Acknowledging that the question is not settled in the Insurance Distribution Directive 2016/97 of 20 January 2016 (IDD), which does not define “group insurance” or “customer”, the Advocate General’s reasoning differentiates between compulsory and voluntary group insurance, concluding that in the former it was perfectly logical for the organiser of the group to act as the policyholder, while in the latter the true policyholders would be the members/insured, all with due caution, given that we are dealing with a matter not regulated by European Union law and which must be examined in the context of “the rules of national insurance law”.

The Advocate General concluded that such an undertaking should be regarded as an insurance intermediary for the purposes of the IDD but added that “the fact that such a person is regarded as an «insurance policyholder» under national provisions of insurance law does not preclude such a classification”. In short, the improper policyholder can be both a distributor and a policyholder of the group insurance, although this second question is not regulated by European Union law, but rather is a matter governed by the internal rules of the Member States.

¹ Case C-633/20: TC Medical Air Ambulance Agency

El TJUE sigue en casi un 80% de ocasiones el criterio del Abogado General, por lo que es probable que en los próximos meses conozcamos cuál sea la posición definitiva que se adopta en la materia. De hecho, todo apunta a pensar que el TJUE va a seguir ese criterio en este caso, dado que tiene un importante precedente a la vista, la sentencia de 24 de febrero de 2022, A y otros (Contratos de seguro «unit-linked») (C-143/20 y C-213/20, EU:C:2022:118), en el que tangencialmente, la materia ya se abordaba (cfr. sus puntos 87 y 91).

4. Conclusiones

Un fallo del TJUE siguiendo el criterio del Abogado General daría clara carta de naturaleza a los esquemas de seguros de grupo de adhesión obligatoria dónde una empresa actúa como tomadora, aun siendo la prima abonada por los asegurados, pero obligaría a esas empresas a posicionarse al mismo tiempo como intermediarios de seguros. No quedaría aclarado qué criterio ha de adoptarse en casos de seguros de grupo de adhesión voluntaria, y tampoco qué tipo de intermediario de seguros debería escoger ser el tomador impropio en seguros de adhesión obligatoria, o si cabría que recibiera una doble remuneración –por los asegurados y por la aseguradora-. En la primera de las incógnitas, es muy probable que en España sigamos moviéndonos en el mismo entorno de la situación actual, con esa relucancia de la DGSFP ante la figura, pero sin que haya ninguna disposición que la prohíba expresamente –y sin que el tomador impropio haya de ser, forzosamente, intermediario de seguros-. En la segunda, parece lógico pensar que se seguirá modelos dónde la remuneración venga totalmente del asegurador o del cliente, pero no de ambos.

Otra duda que no resuelve el asunto *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. vs TC Medical Air Ambulance Agency GmbH* es el rol que juega, en nuestro caso, el que la normativa de transposición de la DDS haya contemplado en España la figura del colaborador externo. El artículo 137 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, que incorpora a Derecho español la DDS, recuerda taxativamente que “los colaboradores externos no tendrán la condición de mediadores de seguros”, lo que en conjunción con ese futuro fallo TJUE podría ser interpretado por la DGSFP como el fin de los esquemas dónde el tomador impropio es, a la vez, colaborador externo, en la medida en que ese fallo exija que sea mediador y, más comúnmente, agente de seguros.

Esta Nota ha sido elaborada por **Joaquín Ruiz Echaury**, 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 9 de mayo de 2022 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información, pueden ponerse en contacto con:

Joaquín Ruiz Echaury | Socio de Seguros y Reaseguros
jruiz-echaury@perezllorca.com / T. + 34 91 432 51 58

The CJEU follows the Advocate General's opinion almost 80% of the time, so in the coming months, we will likely know what the final position on the matter will be. In fact, there is every indication that the CJEU will follow that approach in this case, given that it has an important precedent, the judgment of 24 February 2022, A and others («Unit-linked» insurance contracts) (C-143/20 and C-213/20, EU:C:2022:118), in which the matter was already tangentially addressed (cf. points 87 and 91).

4. Conclusions

A judgment by the CJEU along the lines of the Advocate General's opinion would endorse compulsory group insurance schemes where a company acts as a policyholder, even if the premium is paid by the policyholders, but would oblige those companies to position themselves as insurance intermediaries at the same time. It is not clear what approach should be taken in cases of voluntary group insurance - nor is it clear what type of insurance intermediary should choose to be the improper policyholder in compulsory group insurance, or whether it would be possible for it to receive double remuneration - for the policyholders and the insurer. Regarding the first of the unknowns, it is very likely that in Spain we will continue to operate in the same environment as the current situation, with this reluctance on the part of the DGSFP regarding the idea of the improper policyholder, but without there being any provision that expressly prohibits it, and without the improper policyholder necessarily having to be an insurance intermediary. In the second, it seems logical to think that models will be followed where the remuneration comes entirely from the insurer or the client, but not from both.

Another doubt not resolved by the case *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. v. TC Medical Air Ambulance Agency GmbH* is the role played, in our case, by the fact that the regulations transposing the DDS have provided for an external collaborator in Spain. Article 137 of Royal Decree-law 3/2020, of 4 February, which transposes the DDS into Spanish law, specifically states that “external collaborators shall not have the status of insurance intermediaries”, which in conjunction with this future CJEU judgment could be interpreted by the DGSFP as the end of schemes where the improper policyholder is, at the same time, an external collaborator, insofar as this judgment requires him/her to be an intermediary and, more commonly, an insurance agent.

This Legal Briefing was prepared by **Joaquín Ruiz Echaury**, Partner in the Insurance and Reinsurance Practice.

The information contained in this Legal Briefing is of a general nature and does not constitute legal advice. This document was prepared on 9 May 2022 and Pérez-Llorca does not assume any commitment to update or revise its contents.

For more information, please contact:

Joaquín Ruiz Echaury | Insurance and Reinsurance Partner
jruiz-echaury@perezllorca.com / T. + 34 91 432 51 58