



NEWSLETTER

SECTOR RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS



| 26 de marzo de 2015 |

La ley incrementa el control a las aseguradoras, que podrán ser visitadas por inspectores de incógnito

El Consejo de Ministros del pasado 20 de febrero aprobó el Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, que supone un aumento de controles para el sector tanto en el ámbito interno como en el comercial. A pesar de que el grueso del texto se dedica a la Directiva *Solvencia II*, centrada en la transparencia del mercado de los seguros y el respaldo patrimonial de las entidades, no faltan otro tipo de cautelas, entre las que destaca la posibilidad de que funcionarios de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones inspeccionen las prácticas de comercialización sin necesidad de identificarse, una modalidad supervisora conocida como *mystery shopping*.

La mesa interministerial del 20 de febrero aprobó el Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, que será enviado próximamente a las Cortes Generales para comenzar los trámites parlamentarios. Con la futura Ley y su Reglamento se transpone la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y el 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, conocida por *Solvencia II*.

Las novedades más destacables que la Directiva introduce son el nuevo método de cálculo para los requerimientos de solvencia, el refuerzo del sistema de gobierno, la unificación de los sistemas de información por parte de las entidades y un nuevo modelo supervisor, así como un sistema de autorizaciones previas y la capacidad de dictar guías técnicas y circulares.

El texto aprobado en el pa-

sado Consejo de Ministros refuerza el gobierno corporativo de las entidades aseguradoras. En este sentido, se incluyen normas específicas sobre la honorabilidad y aptitud de quienes realizan la dirección efectiva (consejo de administración y directivos); se refuerza el control de la actividad de todos los departamentos en distintas materias, como la gestión de riesgos o el cumplimiento de la directiva; y se asegura que los procedimientos internos de las entidades sean adecuados a través de una auditoría interna. Asimismo, se mejoran y unifican los sistemas de información de las entidades aseguradoras al supervisor y se incrementa la transparencia de su situación financiera y de solvencia.

Actividad inspectora con funcionarios de incógnito

El Proyecto aprobado en Consejo de Ministros prevé la posibilidad de que personal funcionario de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones supervisen las

SUMARIO

Página

Noticias	1-2
Entrevista	3-5
Actualidad	6-9
Análisis	10-15



prácticas de comercialización de las entidades aseguradoras en las oficinas de la red comercial, orientándose a detectar posibles incumplimientos de las normas de conducta esenciales. Se trata de una modalidad de inspección acogida en varios países de la UE y que se denomina *mystery shopping*. La directora general de seguros y fondos de pensiones, Flavia Rodríguez-Ponga, afirmó al respecto que se trata de un dispositivo de vigilancia «importísimo», que se podrá poner en práctica sin necesidad de asumir más personal en el organismo ministerial.

Comentó Rodríguez-Ponga que «no digo que las compañías no hagan las cosas bien, pero cuando dices que vas a ir te ponen a un vendedor ideal». En este sentido, «será igual que lo que hacemos ahora, pero sin que el inspector avise de la visita y se identifique».

El *mystery shopping* está implantado en varios países de nuestro entorno para diferentes ámbitos regulados, y en España lo prevé la Comisión Nacional del Mercado de Valores, tras obtener el visto bueno del Ministerio de Economía y Competitividad, para evaluar el comportamiento en las sucursales bancarias a pie de calle de los empleados acerca de su conocimiento de los productos financieros que comercializan al público, así como la información que facilitan al cliente.

Capital de solvencia obligatorio

Las entidades aseguradoras y reaseguradoras deberán cubrir en todo momento el capital de solvencia obligatorio con los fondos propios, básicos o complementarios, que resulten admisibles. Este capital de solvencia se calculará partiendo del principio de continuidad del negocio de la entidad y será igual al valor en

riesgo de los fondos propios básicos de una aseguradora o reaseguradora, con un nivel de confianza del 99,5%, y un horizonte temporal de un año. Tendrá en cuenta todos los riesgos cuantificables a los que una entidad esté expuesta y cubrirá las actividades existentes y las nuevas actividades que se espere realizar en los siguientes doce meses.

Prisa en el sector asegurador

La entrada en vigor de la norma comunitaria, prevista para enero de 2016, restringe considerablemente las posibilidades de modificaciones en Proyecto de Ley durante los trámites parlamentarios. En este sentido, Pilar González de Frutos, presidenta de la patronal del sector asegurador, UNESPA, afirmó que las aseguradoras españolas necesitan que la ley rija lo antes posible para que puedan adaptarse a puntos esenciales de la Directiva como ajustes por casamiento de inversiones, modelos internos o los fondos propios. «Nos quedan diez meses para plantar las semillas de un sector plenamente integrado en la gestión y la supervisión basada en riesgos», dijo González de Frutos.

'Solvencia II'

La Directiva Solvencia II (Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y el 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) introduce por primera vez en todos los Estados miembros de la UE requisitos de capital basados en el riesgo de carácter económico, según resume la Comisión Europea.

Estos nuevos requisitos de capital serán más sensibles y sofisticados que los existentes hasta ahora, lo que permitirá cubrir mejor los riesgos a los que se enfrenta cualquier asegurador. Los nuevos requisitos se apartan del planteamiento puramente estándar y válido para todos de estimación del capital obligatorio, privilegiando los que se adaptan mejor a los particulares perfiles de riesgo de los aseguradores. La Directiva *Solvencia II* pone también mayor énfasis en la gestión de riesgos, estableciendo además normas más estrictas en materia de publicación de determinada información.

Con esto se favorece la competencia y eficacia de estas entidades, lo que redundará en beneficio del usuario. En concreto, se establece una nueva metodología para el cálculo de solvencia de las aseguradoras para garantizar que cuentan con capital suficiente, se mejoran la transparencia y el gobierno corporativo y se refuerza la supervisión.

Avanzadilla en el mes de julio de 2014

Desde el 17 de julio del pasado año rige la Resolución de 16 de junio de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de medidas temporales para facilitar la progresiva adaptación de las entidades aseguradoras y reaseguradoras al nuevo régimen de la 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. Esta disposición forma parte de las medidas impulsadas desde la UE para evitar que cada Estado miembro cree soluciones de ámbito nacional previas a transponer la Directiva *Solvencia II*, facilitando un criterio coherente y convergente. ■

“La doctrina ve contrarias a la normativa europea las cláusulas que fijan límites cuantitativos muy reducidos en seguros de defensa jurídica”

‘La futura entrada en vigor el próximo día 1 de enero de 2016 de Solvencia II, ofrecerá una mayor regulación y control para garantizar la solvencia económica y la buena práctica de las aseguradoras europeas’

La reciente transposición en España de Solvencia II, junto al futuro visto bueno en Consejo de Ministros al baremo de valoración de daños personales por accidentes de tráfico, abren nuevos retos para el sector del seguro en el negocio de la Abogacía. Acerca de estos temas, pero también de jurisprudencia y nuevos productos hablamos con Javier López García de la Serrana, abogado y doctor en Derecho, es socio-director del bufete HispaColex Servicios Jurídicos y secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

En la normativa referente a los seguros en España, ¿cuál considera que es la materia pendiente?

Un desarrollo legislativo que garantice el resarcimiento o indemnización del daño patrimonial en los accidentes de circulación, pues es patente que el actual Sistema de valoración de daños personales causados en accidentes de circulación, introducido por la Ley 30/95 en la LRCSCVM, no lo prevé adecuadamente, ya que no fija los criterios o parámetros de su determinación, cuando



JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA

Socio-director del bufete HispaColex Servicios Jurídicos y secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro



web

por otro lado predica que debe ser resarcido dicho daño patrimonial, estableciendo exclusivamente un factor corrector por perjuicios económicos que en absoluto resarce los mismos.

Se da la paradoja, por otra parte, de que el factor corrector económico se calcula

mediante un porcentaje de la indemnización básica que resarce el daño moral de la víctima. Todo esto dio lugar a las conocidas sentencias de la Sala 1^a del Tribunal Supremo sobre reparación del lucro cesante de 25 de marzo de 2010 y 31 de mayo de 2010, que ya han tenido y tendrán sentencias herederas de dicha doctrina, tanto en supuestos de incapacidad permanente como de muerte de la víctima. Ese es uno de los puntos más importantes que resuelve la Propuesta presentada el 22 de mayo al Grupo Plenario Consultivo nombrado por la Dirección General de Seguros para la modificación del Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. No obstante, es probable que esto deje de ser en breve una materia pendiente.

La legislación europea, más concretamente Solvencia II, ¿cree que mejorará la práctica del seguro?

La futura entrada en vigor el próximo día 1 de enero de 2016 de Solvencia II, ofrecerá una mayor regulación y control para garantizar la solvencia económica y la buena práctica de las aseguradoras europeas. A

través de la misma se generará estabilidad financiera en el sector asegurador, dado que los objetivos consistirán en reducir el riesgo a un asegurador que no sea capaz de cumplir con las reclamaciones, ya que las normas de solvencia van a establecer un nuevo régimen que garantice que las entidades cuenten con suficiente capital para asegurar que la entidad no quiebre, con una probabilidad del 99,5% y un horizonte temporal a un año, aplicando para ello un nuevo método de cálculo para los requerimientos de Solvencia.

Otro de los objetivos a los que aspira la implantación del Solvencia II, será advertir a los supervisores para que puedan intervenir con rapidez en el caso de que el capital caiga por debajo del nivel requerido, reforzándose de este modo las funciones y la capacidad supervisora de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, atribuyendo a tal entidad la capacidad de dictar guías técnicas y circulares.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo 588/2014 de 25 de julio de 2014 [RJ 2014/4165] pone de nuevo sobre la mesa el tratamiento del dolo en el ámbito de la acción directa frente al asegurador de responsabilidad civil. ¿Qué opinión le merece la solución del TS?

La referida sentencia aborda el supuesto que tanta controversia ha generado y sigue generando, esto es, el aseguramiento en caso de hecho doloso por el asegurado, y en este caso en concreto, la apropiación indebida por una procuradora en el desarrollo de la actividad profesional objeto de cobertura por el seguro de responsabilidad

civil profesional.

La sentencia analizada resulta de gran interés por el exhaustivo análisis que hace sobre la inaplicabilidad del principio de inasegurabilidad del dolo para este supuesto, –al no tratarse de un hecho derivado de la circulación–. Sin embargo, soy más partidario del voto particular realizado por el magistrado Jose Manuel Maza Martín, quien considera que a la Sala se le ha «pasado por alto» una circunstancia fundamental: el delito de apropiación indebida se trata de un supuesto totalmente ajeno a la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional.

Es decir, entiendo que: «al tratarse de un seguro voluntario, las cláusulas contractuales, fuente de obligación para la parte, excluyen expresamente los hechos dolosos del ámbito de lo asegurado, sin que puedan existir a mi juicio razones de

índole “socializador” o metajurídico que permitan extender a supuestos distintos las concretas obligaciones voluntariamente contraídas por las partes, ni aún en sus efectos frente a terceros». En definitiva, viene a concluir que la aplicación de la acción directa del artículo 76 LCS, requiere como elemento previo inexcusable que el siniestro donde se han producido los perjuicios, se encuentre amparado en el contrato de seguro voluntario.

Considero acertada la reflexión realizada en el voto particular de la sentencia, dado que la comisión de un delito de apropiación indebida, aunque se realice en el ámbito de las funciones del Procurador, no puede ser considerado un error o falta profesional, por lo que se exceden los límites contractuales del seguro voluntario que delimitan el riesgo cubierto. Por su carácter objetivo, debe ser oponible frente a terceros.



Es cada vez más frecuente el seguro específico de defensa jurídica. ¿Cómo valora usted su funcionamiento?

La Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (Solvencia II) regula el «seguro de defensa jurídica». Su incorporación a nuestro ordenamiento no comportará cambios sustanciales porque nuestro régimen legal ya recoge tales mandatos, como son la exigencia de la contratación diferenciada del seguro de defensa jurídica, contenida en el art. 199 de la Directiva Solvencia II, –aunque no obliga a que deba indicarse por separado la prima correspondiente, como si lo hace el art. 76.c) de la LCS–; así como la libre elección de abogado. Esto último lo regula el art. 201 de la Directiva Solvencia II cuando señala que el asegurado tendrá la libertad de elección de abogado.

La doctrina ve contrarias a la normativa europea algunas cláusulas que actualmente fijan límites cuantitativos muy reducidos en algunos seguros de defensa jurídica, por cuanto desnaturalizarían la libre elección de abogado recogida en dicho artículo. En este sentido se ha pronunciado el magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo Salas Carceller en nuestro reciente Congreso, celebrado en Sabadell los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2014, con una intervención que se tituló *Consecuencias de la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de seguro. Supuestos que dejan sin contenido el contrato e imposibilitan su cumplimiento*. Salas defendió la doctrina respecto al seguro específico de defensa jurídica –(artículos 76 a) a 76 g) de la LCS– cuando señala que el establecimiento de límites cuantitativos muy bajos en los honorarios profesionales del abogado libremente designado por el asegurado podría llevar a considerar que dichas cláusulas tienen carácter lesivo en tanto que desnaturalizan dicho seguro.

Usted es el secretario general de la Asociación Española de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro. ¿Cuáles son las principales actividades de la Asociación?

La Asociación procura la promoción y difusión de estudios, investigaciones y publicaciones, relacionados con cualesquiera

aspectos técnicos del Derecho sobre Responsabilidad Civil y Seguro.

Dicha promoción se concreta en conferencias, cursos, seminarios, congresos y reuniones de trabajo que versen sobre aquellas materias. Asimismo, hacemos difusión entre asociados y terceros de las normas, jurisprudencia, doctrina, criterios y práctica en materia de Responsabilidad Civil y Seguro. Todo esto se logra mediante la edición de nuestra revista, que ya va por el número 52, y que goza de una alta valoración por toda la comunidad doctrinal y judicial española, así como la publicación de los manuales de ponencias de los 14 Congresos Nacionales y otro Internacional celebrados hasta la fecha. Alcanzamos también este fin divulgativo mediante la

“La futura entrada en vigor el 1 de enero de 2016 de Solvencia II ofrecerá una mayor regulación y control para garantizar la solvencia económica y la buena práctica de las aseguradoras europeas”

versatilidad de nuestro portal web (www.asociacionabogadosrcs.org), desde el que se puede acceder de forma abierta a enorme información de eventos, artículos doctrinales, jurisprudencia, etc., así como desde la agilidad que proporciona nuestro grupo de debate y consulta que tenemos abierto con gran participación en la red social LinkedIn.

La Asociación ha establecido también una comunicación con las distintas Administraciones Públicas, y se ha convertido en transmisora de opiniones, análisis e informes. Muy particularmente, la Asociación brinda su colaboración para intervenir en el estudio de normas en proyecto, y emitir informes en el proceso de elaboración de disposiciones de carácter general, como es el caso de nuestra participación tanto en el Comité de Expertos, a través de nuestro presidente Mariano Medina Crespo, como en el Grupo Plenario Consultivo,

a través de mi persona, cauces a través de los cuales hemos trabajado en la Propuesta presentada para la modificación del Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

El que será nuevo baremo de valoración de daños personales por accidentes de tráfico prevé cuestiones hasta ahora no contempladas, como son la pérdida de ingresos futuros, los nuevos modelos de familia o las indemnizaciones a las amas de casa. En estas previsiones ¿está la huella de la Asociación Española de Abogados de Responsabilidad Civil y Seguro?

Efectivamente está clara la huella de nuestra Asociación y de nuestro presidente Mariano Medina Crespo, aunque el mismo no esté del todo satisfecho del trabajo logrado, pues podría haberse hecho mejor, pero nadie podrá negar que supone un cambio sustancial, un paso de pigmeo, pero de pigmeo gigante como comentamos en el último Congreso Nacional, pues por fin se va a resarcir en España, aunque no sea íntegramente, el daño patrimonial o lucro cesante que representa la incapacidad permanente o el fallecimiento de una víctima de accidente de circulación. Igualmente, vamos a poder disponer de un verdadero cuerpo normativo desarrollado por 115 artículos –al menos esos son los previstos en la propuesta presentada–, frente a los 2 únicos apartados explicativos que tiene el actual sistema, lo que nos permitirá evolucionar notablemente en esta materia al disponer de un sistema de valoración de daños muy superior al anterior, en cuanto a estructura y vertebración se refiere. Pero como dice Miquel Martín-Casals, presidente del Comité de Expertos autor de la Propuesta y también miembro de honor de nuestra Asociación desde hace 12 años, «todo es criticable, sobre todo en un país de sabios como el nuestro. Sin serlo, yo mismo también he criticado muchos aspectos. Pero criticar es más fácil que construir. Con todos los defectos que pudiera tener, será una muy buena herramienta para quién se moleste a estudiar cómo funciona y cómo se aplica».



Las aseguradoras deberán contar con un Comité de Auditoría

Así se establece en el Proyecto de Ley de Auditoría de Cuentas, que entrará en vigor en junio de 2016

Las compañías de seguros deberán tener un Comité de Auditoría, según se establece en el Proyecto de Ley de Auditoría de Cuentas, que ha sido enviado a las Cortes Generales tras ser aprobado en el Consejo de Ministros del pasado 13 de febrero. La reforma tomará carta de naturaleza a partir de la entrada en vigor de la norma, prevista para junio de 2016.

El objeto principal del Proyecto de Ley de Auditoría de Cuentas es adaptar la normativa española a las novedades incorporadas por un lado, en la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, que modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, en lo que no se ajusta a ella. Por otro lado, en el Reglamento (UE) 537/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión.

La obligación de tener un Comité de Auditoría deriva de la consideración como

Entidad de Interés Público (EIP) de las aseguradoras, junto a las entidades de crédito, las cotizadas (incluidas las que operan en el Mercado Alternativo Bursátil), las instituciones de inversión colectiva, los fondos de pensiones y sociedades de garantía recíproca. A estas EIP la normativa les exigirá un informe adicional que será entregado al Comité de Auditoría. En este informe se explicarán cuestiones relacionadas con los resultados y el proceso de la auditoría, todo ello para contribuir a la transparencia e integridad de la información financiera sujeta a auditoría.

Competencias del comité

Entre las competencias del Comité destacan el deber de informar al órgano de administración del resultado de las auditorías, la supervisión del proceso de información financiera, dar o no el visto bueno a los servicios que tengan que prestar los auditores, evaluar las potenciales amenazas a la independencia y responsabilizarse del proceso de selección.

El control del efectivo cumplimiento de las funciones del Comité de Auditoría corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), sin perjuicio

de las competencias que posee el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) en materia de supervisión de la actividad de auditoría de cuentas.

El Comité estará presidido por el presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, y compuesto por un máximo de trece miembros designados por el Ministro de Economía y Competitividad. Deben ser consejeros no ejecutivos y la mayoría de ellos han de ser independientes.

Habrá un representante del Ministerio de Economía y Competitividad, a través de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; un representante del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Intervención General de la Administración del Estado; un representante del Tribunal de Cuentas; cuatro representantes de las corporaciones representativas de auditores; un representante del Banco de España; un representante de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; un abogado del Estado; un miembro de la carrera judicial o fiscal o registrador mercantil; un catedrático de universidad y un experto de reconocido prestigio en materia contable y de auditoría de cuentas. ■

La Audiencia Nacional reitera que la responsabilidad patrimonial de la Administración no es “providencialista”

Según establece en una reciente sentencia, se debe demostrar un nexo objetivo entre acto y daño

En una reciente sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN), recogiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la responsabilidad patrimonial de la Administración no es acorde con el principio de responsabilidad patrimonial objetiva. Por ello, no es oportuna su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que, para que sea responsable, es imprescindible la existencia de nexo causal específico entre el acto de la Administración y el resultado lesivo o dañoso. En consecuencia, la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extenderla hasta cubrir cualquier evento.

La sentencia de la Audiencia Nacional 4564/2014 establece que para que haya responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tiene que comprobarse el «nexo causal ínsito al instituto». Reitera así la AN la jurisprudencia del Tribunal Supremo, esencialmente de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 de junio de 1998, donde estableció que no es acorde con el principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, aun de forma mediata, indirecta o concurrente.

Esta doctrina del Supremo se ha especificado de nuevo con ocasión del recurso en la Audiencia Nacional (4564/2014) de la Mutua Madrileña contra una resolución del Ministerio de Fomento de fecha 29 de octubre de 2012 que desestimaba la solicitud de una indemnización derivada de un siniestro. Los motivos de la demanda se centraban en la existencia de responsabilidad administrativa por haber infringido la obligación de mantenimiento del servicio público con garantía de seguridad y normalidad, en este caso una carretera, al amparo de lo previsto en el artículo 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por la parte actora se presentó una pericial que concluía, en síntesis, que la señalización en la carretera estaba fuera de la normativa vigente en lo referente a las distancias y visibilidad de adelantamiento

(a 80 kms/h, 165 metros de visibilidad, cuando sólo advierten 130), por lo que al no estar el vehículo contrario en el campo de visión en el momento de iniciar la maniobra de adelantamiento, la responsabilidad del siniestro sería de la Administración.

Nexo casual y jurisprudencia del TS

Para que se dé la responsabilidad patrimonial objetiva, recuerda la AN recogiendo jurisprudencia del TS, es necesario un nexo causal entre la actuación de la Administración Pública y el resultado lesivo o dañoso producido.

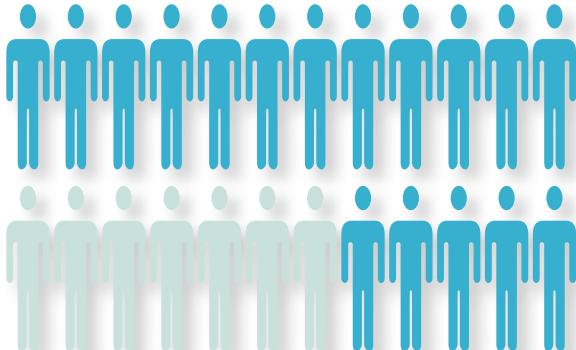
Sigue la jurisprudencia del TS diciendo que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento. En otros factores, implica que el hecho de que la Administración lleve a cabo un determinado servicio público y sea titular de la infraestructura material para su prestación no lleva a que el sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en «aseguradoras universales de todos los riesgos» que se concreten en esos servicios y esas estructuras. Si así fuese, «se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro



ordenamiento jurídico».

Recuerda la Audiencia Nacional que la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido configurada en nuestro sistema legal y jurisprudencialmente, como de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada: como resalta en múltiples resoluciones el Tribunal Supremo, «de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que debe ser soportada por la comunidad».

«En todo caso –sigue la sentencia de la AN–, los conductores han de acomodar su conducción a las circunstancias de la circulación, lo que en el supuesto atendido obtiene respaldo en el artículo 84.1 del Reglamento General de Circulación (Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre) en lo relativo a los adelantamientos, sin que, finalmente, la circunstancia de que la Administración mejore o refuerce la señalización o las exigencias viarias en determinado lugar, implique necesariamente responsabilidad alguna frente a terceros, solo, en principio, una normal reconsideración de las condiciones de seguridad, máxime si no consta que el lugar tuviere características de “punto negro” por una siniestralidad elevada antes de la decisión adoptada». ■



Los nuevos canales de distribución, el Big Data y las redes sociales se perciben de forma dual; tanto como nuevas oportunidades como amenazas emergentes

El 77% de las aseguradoras globales prevé un crecimiento plano o negativo a tres años

Los cambios normativos y los bajos tipos de interés, principales preocupaciones a corto plazo para el 62% de los encuestados

Towers Watson

Los cambios normativos y el mantenimiento de los bajos tipos de interés continuarán siendo los principales retos para las aseguradoras durante los próximos tres años, según arrojan las conclusiones de una encuesta entre directivos de aseguradoras de todo el mundo (Global Insurer Survey) realizada por Towers Watson. Estos retos a corto plazo destacan como principal preocupación entre casi las tres cuartas partes de los encuestados (62%), que también expresan su inquietud acerca de otras cuestiones fundamentales como, por ejemplo, si su modelo de negocio podrá hacer frente a riesgos nuevos y emergentes (27%).

Las aseguradoras norteamericanas muestran mayor preocupación por los riesgos de tipos de interés (85%) que las europeas (68%) y las de Asia-Pacífico (61%); mientras que la inquietud por los cambios regulatorios es mayor entre las compañías de seguros de Europa (82%) y Asia-Pacífico (80%), en comparación con las de América del Norte (65%). Las aseguradoras de vida y las generales tienen una visión similar sobre los principales desafíos ambientales, a excepción del cambio climático, que no ha sido clasificado como riesgo por parte de las compañías de seguros de vida.

«Con la implementación de Solvencia II a un año vista no sorprende que la regulación sea lo que más preocupe a las aseguradoras globales, particularmente a las europeas», señala Graham Fulcher, director de Seguros Generales para EMEA de Towers Watson. «Sin embargo, una inquietud des-

proporcionada por la regulación puede derivar en un problema a largo plazo, precisamente en un momento en que las aseguradoras tienen retos emergentes en los que pensar, como las oportunidades del Big Data, las redes sociales y la fuerte competencia de precios. Un enfoque excesivo en la regulación puede resultar peligroso ya que distrae a las aseguradoras de estos asuntos de igual o mayor importancia».

La mayoría de las aseguradoras prevén un crecimiento plano en su negocio (60%) o incluso la entrada en un período de crecimiento negativo (17%) durante los próximos tres años. Las aseguradoras de Asia-Pacífico son las más optimistas sobre las perspectivas de crecimiento (52%), con respecto a las norteamericanas (20%) y europeas (18%). Las compañías de seguros de vida (27%) mostraron más optimismo en relación al crecimiento que las generales (18%). Casi dos tercios (63%) prevén que el crecimiento será principalmente orgánico.

«La previsión general para las aseguradoras globales en los próximos años es el crecimiento nominal, probablemente porque las multinacionales se han centrado en Latinoamérica y Asia para su futura expansión. Sin embargo, el desarrollo en estos países no será fácil. Las compañías europeas y norteamericanas que entren en estos mercados deben lidiar con diferencias significativas tanto culturales, como de idioma y prácticas empresariales», señala Serhang Guven, director de Seguros Generales de Towers Watson para Norte América.

En cuanto a los retos respecto a los re-

cursos, las aseguradoras nombraron la tecnología (88%) y los problemas relacionados con el talento (78%). «En Asia, algunas aseguradoras están estableciendo centros de innovación internos para convertirse en disruptivas del mercado antes de quedarse fuera de él, un enfoque que debería ser considerado por muchas otras», señala Michael Freeman, director de la Unidad Risk Consulting y Software de Towers Watson en Asia Pacífico.

El estudio también refleja las principales oportunidades y amenazas emergentes para el negocio asegurador. Más allá de la regulación (mencionada por el 57% de los encuestados), entre éstas también encontramos el cambio de los canales de distribución (47%), el ritmo de la innovación (39%), el Big Data (30%) y las redes sociales (9%). «Hay numerosas oportunidades que las aseguradoras pueden capitalizar para hacer crecer su negocio», señala Fulcher. «Sin embargo, en muchos casos, las empresas reaccionan con cambios graduales en lugar de tomar medidas más radicales. Nuestro estudio muestra cómo muchas aseguradoras se cuestionan ahora si este enfoque les permitirá mantener el ritmo del mercado».

Sobre el Estudio

Para la realización de su encuesta global a las compañías de seguros, Towers Watson ha entrevistado a un total de 365 ejecutivos, que representan todas las regiones del mundo, con una división proporcionada entre aseguradoras de vida y generales. ■

El seguro ingresó 55.343 millones por primas en 2014

Destacan los incrementos de salud y diversos

Los ingresos de las entidades aseguradoras por la venta de pólizas en 2014 ascendieron a 55.343 millones de euros, un 0,84% menos que el ejercicio precedente. De esta cantidad, 30.544 millones de euros correspondieron al ramo de no vida y los 24.799 millones restantes al de vida, según muestran las estadísticas de ICEA.

(UNESPA).- La facturación del ramo de no vida vuelve a crecer tras tres años de caídas consecutivas. En concreto, sube un 0,80%. La mejora de este ramo se fundamenta en varios factores. Por un lado, el seguro de automóviles endereza poco a poco su rumbo y acumula ocho trimestres consecutivos de moderación de sus descensos. A cierre del pasado año, esta línea de negocio generó 9.882 millones de euros en ingresos, un 1,39% menos. Multirriesgos logró

6.546 millones, prácticamente lo mismo que un año atrás. Finalmente, destacan los incrementos de los seguros de salud y los denominados como diversos. Las pólizas de prestaciones sanitarias aportaron 7.175 millones en primas en 2014, un 3,44% más. La categoría de diversos aumenta un 1,99% y alcanza los 6.941 millones. Bajo esta denominación se encuentran seguros muy ligados al tejido productivo español, así como productos de gran capilaridad social, como el de decesos.

El ahorro gestionado en productos de seguro, medido a través de las provisiones técnicas, alcanzó los 164.197 millones de euros en 2014. Este importe supone un incremento del 1,58%, de acuerdo con las estimaciones de ICEA.

A continuación se ofrece la evolución de los diferentes ramos.

Evolución del sector			
Ramos	Volumen estimado para el total del sector		(% Crecimiento)
	Enero a diciembre 2013 (Datos provisionales)	Enero a diciembre 2014 (Datos provisionales)	
Provisiones de vida	161.651	164.197	1,58%
Primas ramos no vida	30.301	30.544	0,80%

Fuente: ICEA vía UNESPA

Primas no vida I Volumen y crecimiento			
Ramos No vida	Volumen estimado para el total del sector		(% Crecimiento)
	Enero a diciembre 2013	Enero a diciembre 2014	
Automóviles	10.021	9.8826	-1,39%
Salud	6.937	7.175	3,44%
Multirriesgos	6.537	6.546	0,13%
Resto no vida	6.806	6.941	1,99%
Total ramos no vida	30.301	30.544	0,80%

Fuente: ICEA vía UNESPA

NOVEDAD

PRÁCTICA DEL PROCESO CIVIL.

Volumen quinto. Procesos Europeos



CLIK AQUÍ

COMPRAR AHORA



ESPERANZA MOTILLA RUBIA

Counsel del Departamento Mercantil de Garrigues

GARRIGUES
 web

El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos: ¿producto consolidado en España?

Los seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos están de moda

Las empresas españolas han invertido más de 154 millones de euros en proteger a sus consejeros y directivos, un 6% más que en el ejercicio anterior, según el VII Estudio D&O Marsh; encontramos referencias a los seguros que cubren a administradores y directivos en las noticias más actuales relativas a procesos judiciales que afectan a administradores de entidades....Pero a pesar de todo esto, ¿puede afirmarse que el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos está consolidado en España?

El seguro de responsabilidad de administradores y altos ejecutivos (también

conocido como «Director & Officers Liability Insurance» o «D&O»), muy extendido en países de tradición de Common Law, surgió en Estados Unidos en el marco de la crisis económica y financiera de los años 30 con el objetivo de proteger a los administradores de sociedades norteamericanas frente al régimen de responsabilidad. En España, en cambio, las primeras contrataciones no se producen hasta la década de los 80, a través de las compañías norteamericanas y sobre la base de traducciones directas de los modelos utilizados en Norteamérica.

Transcurridos más de 25 años desde

la contratación de la primera póliza de seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos en España, el análisis de la consolidación de esta modalidad de seguro en nuestro país pasa por atender, principalmente, a dos cuestiones: licitud del seguro de responsabilidad civil de administradores y su adaptación al ordenamiento jurídico español.

Uno de los principales escollos que se ha venido planteado en relación con el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos es el relativo a su licitud y moralidad, especialmente cuando la sociedad es el tomador y pagador de

la prima, ya que, según se ha aducido, podría suponer un instrumento de exoneración o limitación de la responsabilidad de los administradores que hayan causado daño, a la vez que destruir los incentivos para que los administradores obren con el cuidado necesario para proteger los intereses sociales.

Si bien su admisibilidad, en términos generales, parece no plantear duda –al menos en el sector jurídico–, aún encontramos reticencias en determinados actores sociales para la aceptación de esta modalidad aseguradora, especialmente a raíz de los distintos procesos judiciales iniciados en el marco de la crisis económica.

En este contexto, entendemos necesario traer a colación algunos de los argumentos –jurídicos e incluso económicos– a favor de la licitud del seguro de responsabilidad civil y de las ventajas de su contratación.

En primer lugar, la existencia de un seguro de responsabilidad civil de administradores no destruye los incentivos para una actuación diligente ya que la entidad aseguradora no cubre las actuaciones dolosas de los administradores y solo res-

ponde dentro de los límites del contrato. Corresponde, por tanto, al administrador asumir las consecuencias de su responsabilidad que quedan fuera de las limitaciones y exclusiones del contrato de seguro. Esta situación permite, además, alcanzar un equilibrio entre el temor del administrador a una acción de responsabilidad y el fomento de una política de dirección más dinámica y beneficiosa a los intereses de la sociedad.

En segundo lugar, el seguro de responsabilidad civil, en puridad, no excluye ni limita la responsabilidad que corresponde a los administradores ya que no afecta a los presupuestos de la responsabilidad, sino únicamente a sus consecuencias en el sentido de que serán compartidas por el administrador declarado responsable y la entidad aseguradora. De este modo, el seguro de responsabilidad civil contribuye de forma determinante a reforzar la función principalmente compensatoria que tiene la responsabilidad civil, favoreciendo tanto a la sociedad como a los acreedores sociales y terceros.

No debe, además, olvidarse que las sociedades, al contratar y pagar la prima del

seguro de responsabilidad civil para sus administradores y directivos, satisfacen intereses propios ya que obtienen mejor garantía de pago de indemnizaciones que puedan serles debidas, ganan solvencia ante terceros a quienes pueden causar daño sus administradores y pueden atraer a administradores más capacitados.

Otro de los obstáculos con los que ha tropezado el seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos es la falta de adaptación al ordenamiento jurídico español y a los riesgos que recaen sobre los administradores de sociedades españolas.

A pesar de que en los últimos años puede predicarse cierto grado de acercamiento y adaptación al ordenamiento jurídico español en los seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos comercializados para entidades españolas, aun puede percibirse gran influencia anglosajona y de los reaseguradores. Así, a día de hoy, seguimos encontrando: traducciones prácticamente literales de conceptos propios del ordenamiento jurídico anglosajón (por ejemplo, el término «acto incorrecto» como traducción de «wrong act»); cobertura de administradores y directivos en idénticos términos, cuando el régimen de obligaciones, responsabilidades y de exigencia no siempre es equiparable en ambas categorías; referencias a normativa de Estados Unidos; exclusión de los daños derivados de reclamaciones interpuestas por la propia sociedad del ámbito de cobertura de la póliza, obviando así la existencia de la acción social de responsabilidad en el ordenamiento jurídico español; cobertura de multas y sanciones, en contra del criterio de imposibilidad de asegurar las consecuencias punitivas derivadas de ilícitos penales o administrativos manifestado por el supervisor español.

A la vista de lo anterior, es evidente que si bien la contratación de seguros de responsabilidad civil y administradores es una práctica generalizada en nuestro país, no solo a nivel de compañías cotizadas o grandes empresas, sino incluso en PYMES, aún queda recorrido para su plena consolidación. Sin duda alguna, la experiencia que de estos seguros y su eficacia se derive del resultado de procesos judiciales en curso será fundamental en su evolución futura, evolución que pasará, en nuestra opinión, por una más adecuada adaptación a nuestro ordenamiento jurídico.

“Uno de los principales escollos en relación con el seguro de RC de administradores y directivos es el relativo a su licitud y moralidad”



Novedades en materia de responsabilidad de administradores

La práctica judicial actual, tanto en el ámbito mercantil como en el penal, en España pero también en el entorno europeo y americano, con decenas de casos en que se investigan irregularidades en la actuación de administradores, pone crudamente de relieve que asistimos ante lo que bien puede calificarse como **un nuevo paradigma** en la responsabilidad de los administradores y directivos de las compañías de capital en España. Asistimos ante un **mayor nivel de exposición de la función de administración** de las sociedades de capital, un mayor rigor, un más severo escrutinio de la actuación de los administradores que obligan a cambios en el funcionamiento de los órganos de administración, para prevenir riesgos legales cada vez más serios para quien actúan como administradores de las compañías.

La reciente **Ley 31/2014, de 3 diciembre, de modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo** (en adelante, la Ley 31/2014), advierte en su exposición de motivos de la creciente trascendencia de la regulación del gobierno corporativo de las compañías, como factor esencial en la generación de valor de la empresa, la mejora de la eficiencia económica y, al final, en el refuerzo de la confianza de los inversores, en línea con la declaración del G-20 en Pittsburgh en 2009 que identificó los fallos en el gobierno corporativo como con causa de la crisis.

La Ley 31/2014, que convierte en derecho imperativo disposiciones hasta ahora de *soft law*, precisa, expande y modula, en primer lugar, los **deberes de los administradores** de toda sociedad de capital que quedan ceñidos al deber de diligencia y al deber de lealtad.

En punto al **deber de diligencia**, no se modifica el estándar del ordenado empresario. Se impone el deber de dedicación adecuada de forma expresa, lo que aconsejará la prueba del tiempo invertido. Se modula el deber en función de la naturaleza del cargo y las fun-

ciones atribuidas a cada administrador, lo que permitirá aquilar la responsabilidad en cada caso. Se incluye el deber de adopción de las medidas precisas para el buen gobierno y control de la sociedad, que enlaza con el concepto de debido control del art. 31 Código Penal. Se exigirá la prueba adecuada de los sistemas de organización y gestión a nivel del órgano de administración. Se incluye asimismo el deber y deber de informarse por todo administrador, que deberá disponer de la información adecuada y necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones. El papel de las actas del órgano de administración como medio de prueba se antoja crucial debiendo reflejar quién aporta la información, si existen objeciones sobre la misma, quién las formula y quién solicita información adicional y de qué tipo.

Se introduce la ***business judgement rule*** del Derecho americano. El estándar de diligencia quedará cumplido, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio de la compañía, cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal, con la información suficiente y conforme al procedimiento de decisión adecuado. Acreditados estos requisitos, el administrador quedará exonerado de responsabilidad en el caso, salvo prueba en contrario. La prueba de la información suficiente y del procedimiento decisorio adecuado imponen contar con documentos corporativos que reflejen, con mayor o menor detalle en cada caso, y atendiendo al perfil de la sociedad, el procedimiento de toma de decisiones.

En lo que se refiere al **deber de lealtad**, se mantiene el estándar básico del representante fiel. La actuación del administrador debe ser finalista, encaminarse a la consecución del interés de la sociedad, concepto poliédrico que engloba el interés de los socios, pero también de los trabajadores y los terceros en relaciones con la sociedad. Se establece el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e inde-



VÍCTOR MERCEDES
Abogado del Estado en excedencia
Socio. Departamento Procesal.
Baker McKenzie Abogados

BAKER & MCKENZIE



pendencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros. Se intensifica la respuesta al incumplimiento del deber de lealtad, Se podrá reclamar no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios causados sino el enriquecimiento indebido del administrador, además de la anulación de los actos y contratos, la remoción de los efectos y la impugnación de su actuación y cese.

La Ley 31/2014 expande el listado de situaciones de conflicto de interés, incluyendo las operaciones ordinarias de escasa relevancia, así como del uso de los activos sociales (materiales e inmateriales) con fines privados y obtener ventajas o remuneración de terceros asociados al cargo, en correlación con el nuevo delito de corrupción entre particulares.

La reforma incide, de igual modo, en el régimen de la responsabilidad mercantil de los administradores, a fin de hacerla más rigurosa.

Conviene destacar, como una de las más salientes novedades, la expansión del círculo de sujetos que pueden ser responsables. Se incluye al **administrador de hecho**, al que se define siguiendo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (que precisaba tres requisitos: continuidad, funciones ejecutivas, no subordinación al administrador formal), como la persona que, en la realidad del tráfico, desempeñe las funciones propias del administrador sin título, con título nulo, extinguido o con otro título (*de facto directors*) y a la persona bajo cuyas órdenes actúe el administrador de la sociedad (*shadow directors*).

Esta última categoría englobaría a las sociedades dominantes en los grupos de sociedades. En el Anteproyecto de Código Mercantil, se prevé que las instrucciones de la sociedad dominante, en interés del grupo, no podrán ser contrarias a la ley, a los estatutos ni poner en riesgo la solvencia de la sociedad dependiente. La existencia de perjuicio se determinará teniendo en cuenta las ventajas y desventajas en su conjunto y exigirá compensación adecuada por el perjuicio, en el periodo de 1 año.

Se incluye asimismo al **director general** si no existe consejero delegado en la sociedad o aún existiendo éste, si puede calificarse al director general como administrador de hecho.

Por último, se incluyen también a los **representantes personas físicas** de los administradores personas jurídicas siempre que hayan sido designados para el ejercicio permanente de tales funciones, lo que tiene un impacto muy relevante en el sector y operativa de las casas de *private equity*.

En lo que se refiere a la regulación sustantiva de la responsabilidad mercantil como tal, se incluye la mención al **dolo**, esto es, a la actuación deliberada y consciente, frente a la meramente negligente o culposa. La culpa se presumirá si el acto es contrario a la ley o a los estatutos, salvo prueba en contrario.

Los principales **supuestos de responsabilidad** que la nueva Ley 31/2014 introduce, ante una acción u omisión dañosa, pasarán a ser la infracción del deber de diligencia con sus diferentes componentes (falta de dedicación adecuada, falta de

información suficiente, falta de debido control, falta de procedimiento adecuado), la adopción de decisiones estratégicas o de negocio sin información y procedimiento adecuado o con interés personal del administrador, la infracción del deber de lealtad por quebranto de la prohibición de competencia o del deber de secreto o por la actuación en situaciones de conflicto de interés o la infracción de normas, estatutos o reglamentos de junta o consejo.

Las **acciones de responsabilidad de administradores** prescribirán a los 4 años desde que pudieron ejercitarse y no desde el cese como hasta ahora, si bien es dable entender que, al no existir normas de derecho transitorio, este nuevo plazo sólo aplicará a las acciones por acciones u omisiones ocurridas tras la entrada en vigor de la Ley 31/2014 subsistiendo para las anteriores acciones u omisiones dañosas el plazo de prescripción de 4 años desde el cese.



La **acción social de responsabilidad** se podrá entablar por los socios que ostenten una participación que les permita solicitar la convocatoria judicial de junta (que será del 3% en sociedades cotizadas y del 5% en no cotizadas, a salvo cambios estatutarios). Se dispone que la **acción social por infracción del deber de lealtad** podrá entablarse de forma directa por los socios sin necesidad de someterla a previa decisión de la junta, pudiendo reclamarse tanto la indemnización de daños y perjuicios como la restitución del enriquecimiento indebido del administrador, sin perjuicio de las adicionales acciones de impugnación, cese, remoción de efectos y anulación de actos y contratos.

En caso de estimación de esas acciones, se prevé el **pago de las costas** por la sociedad en la medida en que la acción ha contribuido a la depuración del gobierno corporativo, salvo que se hubiera producido ya el previo reembolso al socio o el ofrecimiento incondicional de reembolso.

La responsabilidad mercantil será solidaria de todos los administradores teniendo en cuenta su dedicación y funciones. Para la **exoneración de responsabilidad**, junto a los supuestos ya existentes, se incluye la aplicación de la *business judgement rule*, que exigirá probar la buena fe y la existencia de interés

personal, contar con la información suficiente y con un procedimiento adecuado.

El incumplimiento de las normas mercantiles será un indicio de la falta de debido control. Un modelo de organización y control que acredite debido control no sólo exonerará de responsabilidad mercantil sino también penal, conforme al nuevo art. 31 Código Penal.

La reforma mercantil comentada se tomará en cuenta por los tribunales penales a la hora de exigir prueba en la apreciación de los elementos de los tipos penales de los delitos societarios.

Los órganos de administración tienen ante sí, en los próximos meses, una relevante labor para adecuar y mejorar sus procedimientos y estándares a la nueva regulación, a fin de protegerse frente a más severas responsabilidades en el futuro.



**TALIDOMIDA:
de la irresponsabilidad de
los Poderes Pùblicos a la
injusticia de los Tribunales**

LUIS SARRATO MARTÍNEZ
*Doctor en Derecho
Universidad de Lleida*

Sintetizada por los Laboratorios CIBA en la década de los cincuenta del siglo XX, la Talidomida cambió la vida de miles de personas. Este fármaco, introducido en Alemania en 1958, explotado por la compañía farmacéutica alemana Grünenthal y comercializado entre finales de la década de los cincuenta y principios de los sesenta, estaba indicado como somnífero y remedio para paliar las náuseas que las madres gestantes sufrían durante el período de embarazo.

La comercialización internacional de este fármaco tuvo lugar en más de cuarenta países. A comienzos de los años sesenta, se descubrió que nacían un número creciente de bebés que presentaban deformaciones congénitas (teratogénicas), esto es, malformaciones severas en los hijos de las madres que habían consumido este medicamento durante los tres primeros meses del embarazo. Es decir, el número de bebés nacidos con miembros desarrollados de forma incompleta (brazos, piernas, e incluso

ausencia de los mismos) era estadísticamente mayor entre los hijos de madres tratadas con Talidomida. Tras existir evidencias de que el medicamento dañaba el crecimiento de los miembros en el embrión e interrumpía, por tanto, su normal desarrollo, en 1961 fue retirado del mercado mundial, ya que fue responsable de una catástrofe sin precedentes.

Este suceso tuvo una difusión muy amplia y una gran repercusión social. La principal reacción fue la adopción de medidas consistentes en la aprobación en todos los países desarrollados de leyes que comenzaron a exigir a los medicamentos seguridad y eficacia demostrada mediante ensayos clínicos controlados. Asimismo, los diferentes Gobiernos comenzaron a dar respuesta a lo sucedido, adoptando medidas con la finalidad de reconocer y apoyar a las víctimas, mediante el establecimiento de esquemas solidarios de ayuda a las personas afectadas. Pero no sucedió así en España. En

nuestro país, el medicamento fue distribuido por varios laboratorios farmacéuticos y fue retirado en 1963, dos años después que en el mercado germano. En comparación con el resto de países, se puede afirmar sin ambages que el trato dispensado en España a las 3.000 víctimas se este medicamento ha sido muy diferente.

Transcurridos más de cuarenta años desde la catástrofe originada por este fármaco, la actitud demostrada por todos los estamentos de la Administración no ha estado a la altura de la situación, ni ha existido verdadera conciencia de la gravedad y particularidad de este dramático caso. Un detenido repaso de la normativa farmacéutica aprobada desde aquél entonces permite comprobar que, en general, no ha existido preocupación alguna por parte de las Instituciones del Estado en reparar y compensar el daño sufrido por las víctimas. La muy tardía aprobación en el año 2010 del RD 2010/1006, de 5 de agosto, por el que se regula el procedimiento de concesión de ayudas a las personas afectadas por la Talidomida en España durante el periodo 1965-1960, ha sido fruto del incansable esfuerzo de las víctimas, que llevaban muchos años reivindicando un justo reconocimiento y apoyo solidario ante su situación. En cualquier caso, esta norma ha resultado del todo insuficiente, ya que el límite temporal que establece no permite que todas las víctimas obtengan su reconocimiento.

Proceso judicial y sentencia

Sin cesar en la lucha, los afectados por Talidomida vieron el 22 de noviembre de 2013 cumplido parte de un viejo sueño: que Grünental fuese condenada. En dicho proceso, unas 180 víctimas pidieron una indemnización de 204 millones de euros a la farmacéutica. La sentencia de 19 de diciembre de 2013, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid es histórica, pues es la primera vez que en España se condena judicialmente a Grünental por la catástrofe de la Talidomida. El fallo reconoce la actuación negligente de dicha empresa y le condena a indemnizar a las víctimas. La importancia de esta resolución judicial es incuestionable, porque aunque llega muy tarde, después de 50 años, supone un justo reconocimiento de los daños producidos, y sirve como timbre de alarma ante la necesidad de reforzar los actuales mecanismos de farmacovigilancia.

Las cuestiones jurídicas que suscita el caso Talidomida son tremadamente complejas, y a ellas se da cumplida respuesta en la citada sentencia de 2013. El primer obstáculo que el Juzgado logra esquivar acertadamente es el espinoso problema relacionado con la prescripción de la acción. Como es sabido, el instituto de la prescripción opera como límite al ejercicio tardío de los derechos, lo que implica una extinción del derecho a interponer la acción por el transcurso del plazo legal para ejercitárla. En este sentido, a nadie se le escapa que el tiempo transcurrido desde que se pusieron en el mercado medicamentos con Talidomida y el momento de la interposición de la demanda excedería, *prima facie*, de cualquier plazo legal que fuese aplicable. Ciertamente no es en absoluto habitual en nuestro Derecho encontrar supuestos como el que nos ocupa, en el que para el ejercicio de la acción por los afectados han transcurrido más de cincuenta años. Sin embargo, estamos ante un caso de especial singularidad porque es la primera vez que la sociedad occidental se tuvo que enfrentar a una empresa farmacéutica por unos daños que a los afectados desde su concepción, les ha privado de un desarrollo y de una calidad de vida normal.

Con una interpretación favorable a las víctimas, la sentencia acoge la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en torno al concepto de *daños continuados*, en la medida en que éste es el carácter de los que padecen los demandantes al tratarse



de patologías y carencias crónicas e irreversibles, cuyo alcance definitivo aún no se ha establecido por la ciencia médica. Lo contrario sería considerar –como así lo alegaba la multinacional– que se trata de daños permanentes, consolidados y consumados en el momento en que se produjeron, que no es otro que el del nacimiento de todos los afectados.

Pero en realidad no es así, pues lo cierto es que hay daños causados por la Talidomida que son de nueva aparición, y en el caso de los demandantes ha existido claramente un empeoramiento generalizado y progresivo, sin contar la afectación permanente en sus miembros y la carencia de estos. Partiendo de estas premisas, la empresa fue condenada a pagar 20.000 euros a cada uno de los afectados por cada punto porcentual de minusvalía reconocido por la Administración, pero optó por recurrir la sentencia.

Anulación por prescripción

A pesar de la notoriedad del caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Madrid ha anulado recientemente la condena impuesta y el pago de la indemnización a los afectados, al apreciar la prescripción alegada por la multinacional. Esta sentencia supone un auténtico varapalo. Además de que las víctimas no han recibido la respuesta adecuada por parte de los poderes públicos en España a lo largo de los últimos cincuenta años, nos encontramos ahora ante una interpretación jurídica de la ley que supone un auténtico quebranto para los afectados. Los cientos de madres embarazadas a las que en los años sesenta se les recetó Talidomida ignoraban por completo que sus hijos iban a nacer con las gravísimas malformaciones congénitas derivadas de Talidomida. ¿Cómo puede prescribir una actuación que causa daños para siempre? Si el daño prevalece, continúa y se agrava, quiere decir que permanece durante toda la vida de la víctima. Por lo tanto, está claro que las malformaciones que produjo este fármaco a las víctimas, y que llevarán consigo de por vida, no prescriben ni prescribirán jamás. No se puede entender bajo ningún concepto que un caso de estas características, que además afecta a muchas personas que iniciaron el procedimiento en tiempo y forma, pueda prescribir después por algún tipo de causa.

Responsabilidad global del Estado

Es evidente que se ha producido un abandono de las víctimas. Ante un caso de esta magnitud, los poderes públicos están legitimados para tomar decisiones de emergencia, igual que se ha hecho en otros casos. Pero lamentablemente en este no ha sido así. Por ello, cabría plantearse la posible responsabilidad global del Estado frente a las víctimas, porque si esa prescripción tiene que ver con una inactividad institucional, una falta de control, una falta de acción o de protocolo ante una situación tan masiva, tiene que haber necesariamente una bolsa o soporte de responsabilidad. Porque si las víctimas, ante un caso tan flagrante, no encuentran el respaldo institucional, con una respuesta adecuada, nos situaríamos en el plano de la impunidad. A la irresponsabilidad de los poderes públicos hemos de añadir ahora la injusticia en los Tribunales. Sin negar que la audiencia se haya ajustado a los parámetros de la ley –con una visión «un poco miope»–, poderosas razones de justicia social y de dignidad moral, que trascienden a la mera legalidad, se imponen a la hora de dar respuesta singular a un caso singular. Es de esperar que el Tribunal Supremo, última instancia a la que los afectados pueden acudir para solicitar justicia de una vez por todas, tenga en cuenta las circunstancias especiales que han envuelto a este colectivo que ha venido sufriendo la travesía del desierto. Sería una justa reparación por los daños que, sin culpa alguna, han venido sufriendo durante toda su vida. ■